Abhandlungen

aus dem

Process und Strafrecht.

Eine Habilitationsschrift

von

Dr. jur. Paul Kayser,
Gerichts-Assessor, z. Z. bei der Staatsanwaltschaft des Königlichen Stadtgerichts
zu Königsberg i. Pr.

Berlin.
Verlag von Leonhard Simion.
1873.

Herrn

Professor Dr. Otto Stobbe

seinem hochverehrten Gönner

mit ehrerbietigem Danke überreicht

vom

Verfasser.

Vorrede.

Die nachfolgenden Blätter sind bestimmt, als Habilitationsschrift mir den Weg zur akademischen Laufbahn zu eröffnen.

Dieser Zweck mag es rechtfertigen, dass zwei Abhandlungen, welche zu einander in keinem innern Zusammenhang stehen, gleichzeitig veröffentlicht werden.

Beide sollten eigentlich nur den Kern zu weitergehenden Arbeiten ausmachen. Ich hatte die Absicht, die Gemeinschaft der Rechtsmittel — eine Aufgabe, deren Besprechung seit nahezu 30 Jahren ruhte und welche im preussischen Process noch keinen Bearbeiter fand — nicht bloss auf den Civilprocess und auf die beiden umfangreichsten Rechtsgebiete Deutschlands zu beschränken.

Ebenso sollte die Abhandlung über die Strafgesetze der Römer gegen Vereine und Versammlungen nur den ersten Abschnitt eines grösseren Werkes bilden, welches die strafrechtliche Seite des in heutiger Zeit so mächtigen

Einigungsrechts geschichtlich entwickelte und die jetzt geltenden Grundsätze darlegte.

Das Material ist grössten Theils bereits gesammelt. Allein meine amtliche Beschäftigung in der Praxis und der lebhafte Wunsch, meine Habilitation beschleunigt zu sehen, veranlassen mich zur vorläufigen Hinausschiebung dieser grösseren Arbeiten.

Ich hoffe, dass auch in dieser Gestaltung jede Abhandlung ein selbstständiges Ganze bildet, um der Literatur des Processes und Strafrechts angereiht und dem Urtheil der Fachgenossen unterbreitet werden zu können.

Königsberg i. Pr., im März 1873.

Dr. Paul Kayser.

I. Abhandlung.

Die Gemeinschaft der Rechtsmittel nach gemeinem deutschen und altpreussischen Process.

Inhaltsverzeichniss.

Einleitung.

Die Begrenzung dieser Untersuchung.

Seite

§. 1. Nach gemeinem deutschen Civilprocess 1
§. 2. Nach den Bestimmungen der altpreussischen Processordnung . . 8

Theil I.

Die Gemeinschaft der Rechtsmittel nach gemeinem deutschen Civilprocess.

Vorbemerkung.

Capitel I.

Die Entstehung und Begründung der Gemeinschaft der Rechtsmittel.

A. Das vorjustinianeische Recht bis L. 39. C. 7, 62.

§. 1. Die Appellation 13
§. 2. Die restitutio in integrum 18
§. 3. Die Nichtigkeit 22

B. Die grundlegenden Verordnungen Justinians.

§. 1. Ihre Tendenz 25
§. 2. In welchem Zeitpunkt ist die Gemeinschaft der Appellation begründet? 28
§. 3. Der Umfang der Appellations-Gemeinschaft 38
§. 4. Die Anwesenheit und Abwesenheit des Appellaten 42
§. 5. Das Verhältniss der Rechte des Appellaten zu denen des Appellanten 52
§. 6. Hindernisse der Appellations-Gemeinschaft 54

C. Die Stellung der Rechtsmittel-Gemeinschaft im Novellenrecht.

§. 1. Nov. 48. pr. Cap. 1. 58
§. 2. Nov. 126. Cap. 2. 67

D. Das canonische Recht.

§. 1. Angebliche Bestimmungen über die Gemeinschaft der Rechtsmittel 70
§. 2. Das Verfahren 73

Capitel II.

Die Entwicklung der Gemeinschaft der Rechtsmittel durch die Reichsgesetze und die Praxis.

§. 1. Die positiven Bestimmungen 76
§. 2. Die Beschwerde gegen einfache Decrete 79
§. 3. Entscheidungen des Oberrichters auf einseitigen Vortrag 79

Das regelmässige Verfahren.

§. 4. a. In welchem Zeitpunkt ist die Gemeinschaft der Appellation begründet? 89
§. 5. b. Der Umfang der Appellations-Gemeinschaft 90
§. 6. c. Anwesenheit und Abwesenheit des Appellaten 96
§. 7. d. Das Verhältniss der Rechte des Appellaten zu denen des Appellanten 103
§. 8. e. Hindernisse der Appellations-Gemeinschaft 103
§. 9. Die übrigen Rechtsmittel des gemeinen Processes 107

Theil II.

Die Bestimmungen der altpreussischen Processordnung.

§. 1. Das ältere Recht vor derselben 111

Die Vorschriften der altpreussischen Processordnung.

§. 2. a. Die Appellation 114
§. 3. b. Die übrigen Rechtsmittel 124
§. 4. Vergleich der Gemeinschaft der Rechtsmittel im gemeinen und altpreussischen Process 126

II. Abhandlung.

Die Strafgesetzgebung der Römer gegen Vereine und Versammlungen.

Inhaltsverzeichniss.

		Seite
§. 1.	Vorbemerkung	131
§. 2.	Bis zu den XII Tafeln	134
§. 3.	Die zwölf Tafeln	137
§. 4.	Belege dieser Strafgesetze aus der Geschichte der plebejischen Revolutionen	141
§. 5.	Weiterer Verlauf bis zu der Aufhebung durch den Senat	148
§. 6.	Die Massregeln des Senats	156
§. 7.	Das Clodische Gesetz	163
§. 8.	Das Licinische Gesetz über die Wahlgenossenschaften	168
§. 9.	Die Gesetze unter Cäsar und August	178
§. 10.	Der weitere Verlauf in der Kaiserzeit	183
§. 11.	Die Strafe	195

Die Gemeinschaft der Rechtsmittel

nach gemeinem deutschen und altpreussischen Process.

Einleitung.

Die Begrenzung dieser Untersuchung.

§. 1.

Nach gemeinem deutschen Civilprocess.

Die selbstsüchtige Natur der Privatrechte kommt am deutlichsten bei ihrer Durchführung im Processe zur Erscheinung. Indem hier jeder Theil dem andern gegenüber sein bestrittenes und angegriffenes Recht zur Herrschaft zu bringen und ihm den Sieg zu verschaffen sich bemüht, ist er nicht nur wachsam, jede Blösse zu vermeiden, die der Gegner für sich benutzen könnte, sondern gewiss auch weit entfernt, diesem durch die eigene Thätigkeit einen unmittelbaren Vortheil zu verschaffen. Dieses Bestreben der Parteien wird im gemeinen deutschen Civilprocess durch das sogenannte Verhandlungs-Princip noch begünstigt [1]), welches den Richter in thatsächlicher Hinsicht nur das von den Parteien zu den Acten Gebrachte und in ihnen Erwiesene berücksichtigen lässt [2]). Es wird dadurch weniger das materielle, als das formelle Recht zur Geltung gebracht [3]). Aber trotz ihrer

---

[1]) Der Name selbst stammt von Gönner, Handb. I. 8. Vergl. Wetzell, Handb. 1. Aufl. S. 369 ff. Renaud, Lehrb. S. 168 ff. Bayer, Vortr. S. 32. Dem älteren Röm. Proc. war es offenbar in Folge seiner Geschwornen-Verfassung ganz fremd, wenn gleich in den Pandecten einzelne Spuren gesucht und gefunden zu sein scheinen. S. die von Wetzell S. 369 Note 26 angeführten Stellen. Allgemein anerkannt in der italienischen Praxis, gipfelt es schon nach Durantis, Spec. jur. lib. II. Partic. III. de sent. §. 5. No. 1 in dem Satze: „Item debet ferri [sententia] secundum allegata et probata et non secundum conscientiam.“ Vgl. auch Wetzell, S. 370 Note 28. Martin, Lehrb. §. 15.

[2]) Renaud, S. 182, 183.

[3]) Bayer, Vortr. S. 33.

nur angreifenden Stellung und der entgegengesetzten Richtung ihrer Ziele kommen doch die Parteien und ihre Handlungen in einen Zusammenhang und in eine Verbindung, wodurch die letzteren, obwohl einseitig vorgebracht, auch für den Gegner ihre Wirkung äussern. Ich erinnere dabei zunächst nur an die von der einen Partei vorgebrachten Beweismittel; sie hat die Absicht, durch sie die Richtigkeit ihrer Behauptungen, die Wahrheit ihres Rechts darzuthun — und nur deswegen gerade bringt sie dieselben vor. Nichtsdestoweniger kann aber auch die Gegenpartei aus eben diesen Beweismitteln Rechte für sich herleiten, und man sagt deshalb, dass in einem gewissen Sinne und in einem gewissen Zeitpunkt die Beweismittel beiden Theilen gemeinschaftlich würden [4]).

Ein ähnliches oder gleiches Verhältniss findet bei der Einlegung von Rechtsmitteln oder zunächst nur bei der Erhebung der Appellation statt. Schon frühzeitig und bei jedem Kulturvolk gewährt das Gesetz derjenigen Partei, welche durch eine richterliche Handlung — später auch durch eigenes Verschulden — verletzt ist, das Mittel, sich behufs Abhilfe an eine übergeordnete Behörde wenden zu dürfen, und die beschwerte Partei, welche zu diesem sogenannten Rechtsmittel greift, thut dies doch nur in der Absicht, für sich zu sorgen, nicht etwa überhaupt eine Abänderung in der Weise herbeizuführen, dass auch der Gegner dadurch noch günstiger gestellt werde. Es wird weiter unten gezeigt werden, dass das ältere Römische Recht — offenbar auf diesen Willen und Zweck der berufenden Partei sehend — der Appellation nur die Wirkung beilegte, dass sie dem Berufenden, nicht auch dessen Gegner nützte. Allein schon im Justinianeischen Rechte finden wir eine Gemeinschaftlichkeit der Appellation, d. h. um es allgemein auszudrücken, ein Recht des Appellaten auf Berücksichtigung des Interesses, welches er an der Abänderung des ersten Urtheils hat [5]).

---

[4]) Martin, Lehrbuch §. 191. Bayer, Vortr. S. 933, 947, 955. Renaud, S. 375—381.

[5]) Wetzell, S. 594.

Nur dieses Verhältniss, welches sich auch bei den anderen Rechtsmitteln findet[6]), will ich im Laufe dieser Abhandlung darstellen, und ich muss dieses um so mehr und schon an dieser Stelle hervorheben, als von einer Gemeinschaft der Rechtsmittel, wenn man von der offenbar technischen Bedeutung absieht, auch in einem anderen Sinne die Rede sein könnte.

Nach späterem Römischen Recht konnten nämlich nicht nur die Parteien selbst, sondern auch dritte an dem Rechtsstreite zwar unbetheiligte, aber doch interessirte Personen appelliren[7]). So kann der Verkäufer, wenn dem Käufer die erstandene Sache abgestritten[8]), der Bürge gegen die Verurtheilung des Hauptschuldners, der Pfandgläubiger gegen die seines Schuldners[9]), der Miterbe, den ein anderer Erbe durch die eigene Verurtheilung von der Erbschaft ausschliessen wollte[10]), die Vermächtnissnehmer, falls der Testamentserbe gegen den gesetzlichen unterlegen[11]), der Kurator, dessen bestellter Geschäftsführer im Process besiegt worden[12]), selbstständige Berufung einlegen, und dieser Grundsatz ist nicht nur durch die mittelalterliche Praxis, sondern auch durch das canonische Rechtsbuch bestätigt worden[13]). Und zwar findet diese Befugniss zur Appellation nicht bloss in dem Fall statt, wenn jene Personen schon vorher in den Prozess intervenirten[14]), sondern sie können die Appellation selbst nachher betreiben und sich einer bereits eingelegten Appellation anschliessen und diese verfolgen[15]). Ja gerade für den letzteren

[6]) S. unten Cap. 2. §. 9.

[7]) Vgl. Wetzell, S. 546. Bayer, Vortr. S. 1046. Renaud, S. 482. — L. 5. pr. D. 49, 1. Cfr. Stryk, Diss. jurid. Vol. V. diss. XX. c. IV. p. 1351 ff.

[8]) L. 4. §. 3. D. 49, 1.

[9]) L. 4. §. 4. D. eod. L. 5. pr. D. eod.

[10]) L. 5. pr. D. eod.

[11]) L. 5. §. 1. D. eod. Vgl. L. 29. pr. D. 5, 2.

[12]) L. 10. C. 7, 62.

[13]) C. 17. X. 2, 27.

[14]) Wetzell, S. 29, 546. Renaud, S. 482 und die Not. 28 citirt Schriftsteller. Mehlen, über die Appellat. und andere Impugnativ-Mittel §. 18. S. 36. Pütter, Opusc. XII. C. I. §. 21. S. 493.

[15]) Claproth, Einleit. II. S. 709. Jordan in Weiske R. L. I. S. 122. Osterloh, Lehrb. des gem. deutsch. ordentl. Civ. Pr. II. S. 194.

Fall hat das canonische Recht den Ausdruck „adhaerere“ eingeführt[16]), der erst später von einer ständigen Praxis in einem ganz andern Sinne gebraucht worden ist[17]). Sind schon hier von Gesetzgebung und Wissenschaft Grundsätze aufgestellt worden, in wiefern der Dritte sich an der Appellation der einen Partei betheiligen konnte, der Verzicht der letzteren auf diese für jenen nachtheilig oder nicht nachtheilig, und binnen welcher Frist dem Dritten jenes Recht gewährt, die Beobachtung der Formalien oder Fatalien erlassen oder auferlegt sein sollte[18]), so findet Alles dies um so mehr bei dem Verhältniss von Streitgenossen statt. Inwieweit die Appellation des Einen auch den Anderen zu Gute kommt, darüber gehen die Ansichten weit auseinander. Während schon in alter Zeit angenommen wurde, dass bei untheilbaren Gegenständen ohne Weiteres die Appellation des einen Genossen auch den anderen zu Gute kam, dies bei theilbaren aber nur unter gewissen Voraussetzungen zugegeben wurde[19]), und zwar nur dann, wenn dieselbe ratio und causa

---

[16]) C. 4. in VI. de elect. I. 6. Linde, Arch. f. Civ. Pr. XIX. S. 476 §. 4. Handbuch V. S. 240. Sartorius, Arch. f. Civ. Pr. XXXI. S. 99 Not. 4. Sintenis, Erl. üb. versch. Lehren S. 451. Osterloh II. S. 192. Danz, Grunds. des ordentl. Pr. §. 415. Note e. Heffter, Instit. S. 475 Not. 96. Reinhardt, Handbuch §. 354. Batz, S. 267 Not. 2.

[17]) Das Nähere unter D. §. 1.

[18]) Mevius, decis. I, 158. IV, 180. Stryk, diss. C. IV. p. 1351 ff. Gaill, Obs. I, 122. S. 213 bes. Not. 5. Pütter, Opusc. XII. C. I. §. 21. S. 493. Mehlen, §. 18. S. 36. v. Berg, Grundriss der Reichsger. Verf. §. 320. S. 393.

[19]) Ausführlich handelt davon Stryk, diss. C. II. p. 1336—1342; er stellt folgende 9 Postulate auf:

a) ut ex eadem causa omnes sint condemnati,
b) ut eadem defensionis sit causa,
c) ut uterque jure communi fretus appellaverit,
d) ut unus tantum appellaverit,
e) ut consortes cum appellante eundem habeant procuratorem,
f) ut reliqui cons. sententiae non acquieverint,
g) ut intra decendium sciverint esse appellatum,
h) ut contrarium prius non fuerint confessi,
i) ut appellatio sit valida. Mevius VIII. d. 105.

Die herrschende Ansicht schliesst sich diesen an. Martin, Magazin für den bürgerl. Process I. S. 436 ff. Linde, I. §. 128. Bayer, Vorträge S. 129. Renaud, S. 137 Not. 17. Plank, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 424, 426.

vincendi des Einen auch für die Anderen passt, ist von anderer Seite wegen der Ungetheiltheit der Verurtheilung diese Wirkung der Appellation in Rücksicht der übrigen Streitgenossen an keine andere Voraussetzung geknüpft worden[20]).

Es ist gewiss klar, dass bei den Wirkungen, welche in allen diesen Fällen die Appellation nicht bloss für den Theil, welcher die Berufung eingelegt, sondern auch für Dritte bezw. für die Streitgenossen äussert, man von einer Gemeinschaft der Appellation sprechen könnte, und es sind auch in älterer Zeit mitunter die Betrachtungen über die Gemeinschaft der Appellation, „die communio appellationis", auch auf diese Verhältnisse ausgedehnt worden[21]). Allein nichtsdestoweniger wird besonders in den Lehrbüchern der neuern Zeit die Gemeinschaft der Rechtsmittel bezw. der Appellation insofern als ein technischer Begriff aufgefasst, als mit ihr nur das Verhältniss, welches durch die Appellation des Gegners für den Appellaten begründet wird, bezeichnet ist. Es entspricht dies auch dem Inhalt der Constitution Justinians — L. 39. C. 7, 62 — welche jene Gemeinschaft einführte und dem Wortlaut der Reichsgesetze. Zum Belege für diese über die Lage der Sache aufgestellte Behauptung sei es gestattet, wörtlich die Definitionen der bedeutenderen Schriftsteller aufzuführen:

Martin führt die Wirkungen der ordentlichen Rechtsmittel auf die Parteien an und setzt hinzu: „Hierin besteht die Gemeinschaft der Rechtsmittel"[22]).

Bayer: „Diese Befugniss des Appellaten, sich mit eigener Beschwerde den Beschwerden des Appellanten anschliessen zu

---

[20]) Diese Ansicht liegt der Auffassung von Wetzell, S. 547, bes. Not. 14, zum Grunde.

[21]) So besonders von Stryk in der Diss. de communione appellationis, ebenso Mehlen a. a. O. §. 18. Pütter, Diss. §. 21.; andererseits bezogen von den Aelteren schon den Ausdruck nur auf das Verhältniss der Hauptparteien: Lauterbach, Coll. prct.lib. 49. Tit. 1. §. 14. (Bd. 3. S. 1206 u. 1254). Pufendorf, Obss. IV, 34. S. 72 f. Gaill, Obss. I, 122. N. 3. Mynsinger, Cent. II, Obs. 21. p. 96. Kind, Quaest. for. Th. III. c. 77. S. 342. Weingarten, Manuale resp. Flavius mellis S. 674, N. 255.

[22]) Lehrb. §. 276.

dürfen, nennt man jetzt beneficium adhaesionis, und auf der Möglichkeit einer solchen Adhäsion, dann auf dem Grundsatze, dass der Oberrichter die etwaigen Beschwerden der abwesenden Appellaten von Amtswegen zu berücksichtigen habe, beruht das, was bei den Neuern communio appellationis heisst"[23]).

Wetzell: „Mit der Introduction werden die Vortheile der Appellation, nach einem seit dem Mittelalter gebräuchlichen Ausdruck, unter den Parteien gemeinschaftlich"[24]), und er nennt die Gemeinschaft der Appellation das Recht des Appellaten auf die Berücksichtigung des Interesses, welches er an der Abänderung des angefochtenen Urtheils hat[25]).

Renaud bemerkt nach einer Erklärung von L. 39. C. 7, 62., dass man mit Rücksicht auf diesen doppelten Fall, in welchem die Appellation einer Partei der andern zu Statten kommen kann, von einer Gemeinschaft des Rechtsmittels spricht[26]).

Jordan: „Darin nun, dass alle Wirkungen, welche die Berufung für den Appellanten haben kann, auch auf den Appellaten ausgedehnt worden sind, besteht die Gemeinschaft der Berufung[27]).

Linde behandelt in der Darstellung der Grundsätze über die Appellationsgemeinschaft nur die durch die Appellation unter den Parteien hervorgerufenen Beziehungen[28]), und er fügt dem Schlusse seiner zuerst im Archiv[29]) abgedruckten Abhandlung ausdrücklich hinzu:

> „dass die Grundsätze über die Adhäsion der Streitgenossen und Dritter nicht zu dieser hier behandelten Lehre gehören"[30]).

Dieser Standpunkt, welcher fast ausnahmslos von sämmtlichen

---

23) Vortr. S. 1064.
24) System S. 589.
25) a. a. O. S. 594.
26) Lehrb. S. 520.
27) In Weiske Rechts-Lex. Bd. 1. S. 117.
28) Lehre von den Rechtsmitteln II. §. 198—207.
29) Bd. 19. S. 462—509; Bd. 20. S. 53—71.
30) Bd. 20. §. 13.

Neuern getheilt wird, findet auch noch seine innere Rechtfertigung[31]).

Die Appellationsgemeinschaft, als ein Institut des Prozessrechts betrachtet — und von diesem Standpunkt geht diese Abhandlung aus — kann nur diejenigen Wirkungen behandeln, die, abgesehen von dem materiellen, zu Grunde liegenden Verhältniss, durch die Appellation bezw. durch das Rechtsmittel selbst hervorgerufen werden. Die Wirkungen aber, welche die Appellation des einen Streitgenossen auf die Rechtsverhältnisse der andern oder eines Dritten ausübt, sind nicht sowohl prozessualischer als materieller Natur. Nicht durch die Einlegung des Rechtsmittels selbst werden neue Beziehungen zu den Streitgenossen oder dem Dritten geschaffen, sondern diese sind nur die Folgen, welche aus dem Rechtsverhältniss hervorgehen, das unter den Streitgenossen oder den Dritten schon an und für sich besteht. Ihre Darstellung bezieht sich nicht sowohl auf das Prozessrecht, als auf das gemeine Recht überhaupt, und so darf es uns nicht Wunder nehmen, dass von den Prozessualisten bezw. von solchen, welche die Lehre von der Berufung zur Darstellung wählten, nur jene Seite der Gemeinschaft in ihr Bereich gezogen wird. So sagt auch Leonhardt[32]):

> „die Gemeinschaftlichkeit der Berufung besteht — insofern als der Gegenpartei in sehr ausgedehntem Umfange die Befugniss gewährt ist, der erhobenen Berufung sich anzuschliessen oder mit anderen Worten gegen das durch die Berufung angefochtene Erkenntniss incidenter Beschwerden geltend zu machen.“

---

[31]) Vgl. Betz, Abh. S. 267. Almendingen, Metaphysik des Civilpr. S. 167, 168. Gönner, Handb. III. S. 151, 164. Schmidt, Zeitschr. N. F. IV, S. 42. Sintenis, Erläut. S. 422. Gensler, Comm. z. Martin II. S. 121. Heffter, Inst. S. 475. Claproth II. S. 616. Endemann, das deutsche Civilproc.-Recht S. 888, 913. Schmidt, Handb. III. S. 452 u. A. m.

[32]) Die Lehre von der Berufung, S. 71.

§. 2.

Nach den Bestimmungen der altpreussischen Processordnung.

Auch nach den Vorschriften der altpreussischen Processordnung — die abändernden neuen Prozessgesetze liegen meiner Betrachtung fern[1]) — könnte man eine Gemeinschaft der Rechtsmittel in dem gleichen, weiteren Sinne des gemeinen Rechts annehmen. Denn auch hier können dritte Personen, welche in dem Rechtsstreit erster Instanz nicht als streitende Parteien aufgetreten sind, für deren Rechtsverhältnisse aber der Sieg oder das Unterliegen einer Partei von rechtlichem Einfluss ist, sich des Rechtsmittels gegen das Erkenntniss bedienen[2]). So kann wie im gemeinen Recht der Verkäufer, welcher evictionspflichtig ist[3]), bei Unterliegen des Käufers, der Bürge von den gesetzmässigen Rechtsmitteln, welche der Hauptschuldner nicht eingewandt hat[4]), Gebrauch machen; ebenso können Vermächtnissnehmer gegen die der Masse nachtheiligen Erkenntnisse die gesetzmässigen Rechtsmittel allenfalls auch ohne Beitritt des Erben verfolgen[5]); ebenso kann der Concursgläubiger, wenn der Contradictor die Appella-

---

[1]) Eine Abänderung in Bezug auf die Appellation und Revision ist durch diese nicht erfolgt; bei der Nichtigkeitsbeschwerde und dem Recurs findet eine Gemeinschaft nicht statt. Nach der Veröffentlichung des neuen Civilprocesses beabsichtige ich, die Entwickelung dieser Lehre bis in die neueste Zeit zu geben.

[2]) A. G. O. I. 14. §. 15. Koch, Preuss. Civilpr. S. 609. Heffter, Preuss. Civilpr. S. 418. Grävell, Commentar zur A. G. O., Bd. 3. §§. 7. 98. 106. 109.

[3]) A. G. O. I. 17. §. 32. I. 18. §. 10. Koch a. a. O. Not. 3. Heffter, S. 419 Not. 10.

[4]) A. L. R. I. 14. §. 315.

[5]) A. L. R. I. 12. §. 299. Koch a. a. O. Not. 2. Heffter a. a. O. Koch, Comm. z. L. R. zu dies. §. Not. 55a. Vgl. auch Conc. Ord. §. 237. Entscheid. Bd. 43. S. 147. Präj. 1653 v. 1845 (Samml. Bd. 1. S. 246). Nach diesem Präjudiz soll jedoch der accessorische Intervenient, gleichwie der Litisdenunciat, nur dann selbstständig appelliren dürfen, wenn die Hauptpartei kein Rechtsmittel einwendet, geschieht dies aber, so soll er demselben nur beitreten dürfen. A. G. O. I. 16, 25. 31. 32. Vgl. Koch, Comm. zur A. G. O. 5. Aufl. S. 497 Not. 19. 20. S 505. Not. 5. ff. Heffter, S. 419. Not. 7.

tion gegen eine Post unterlässt, selbstständig appelliren[6]). Es muss jedoch dieser Dritte, welcher zu den ferneren Processverhandlungen zugezogen sein will, sein Interesse einigermassen bescheinigen, und wenn er sich nur dem Process der einen Partei anschliesst, denselben in der Lage annehmen, in welcher er sich gerade befindet[7]). Unter mehreren Streitgenossen findet gleichfalls eine Communion statt. Zwar können sie Alle gemeinschaftlich oder auch Jeder für sich ein Rechtsmittel einwenden[8]) und die Einlegung des Rechtsmittels seitens des Einen äussert hinsichtlich der Anderen in der Regel keinen Einfluss. Allein bei untheilbaren Gegenständen gereicht der von einem Mitgenossen erstrittene Vortheil auch den Anderen ohne besondere Erklärung zum Nutzen[9]), sofern sie nicht ausdrücklich darauf verzichten[10]). Aber auch bei theilbaren Rechten und auch wenn die Beschwerde führende Partei ausdrücklich erklärt hätte, dass sie nur für sich das Rechtsmittel verfolge, steht den übrigen Streitgenossen noch frei, einerseits schon während der Instanz dieser Appellation beizutreten[11]), andererseits noch nach rechtskräftiger Entscheidung die Wirkungen derselben unter verhältnissmässiger Uebernahme der Kosten und ohne den Appellanten selbst zu benachtheiligen[12]), auf sich auszudehnen. Hier wird aber vorausgesetzt, dass gleiche Rechte unter den Streitgenossen vorhanden und der Gegenstand, sowie die Gründe der Rechtfertigung dieselben sind, Appellant also nicht bloss Argumente anführt, die sich allein auf seine Person beziehen[13]).

Wie wohl also auch in allen diesen Verhältnissen von einer Ge-

---

[6]) A. G. O. I. 50, 172. Koch, Civ. Pr. §. 331. Not. 2.

[7]) A. G. O. I. 18. §§. 9. 10.

[8]) A. G. O. I. 14. §. 13.

[9]) Grävell, a. a. O. Bd. 3. S. 31. Koch, Civ. Pr. S. 617.

[10]) Heffter, a. a. O. S. 418. Erk. des Ob. Trib. v. 11. Aug. 1837. Löwenberg, die Lehre von den Rechtsmitteln S. 74 §. 144. Zus.

[11]) Dies ist zwar im Gesetz nicht ausgesprochen, aber von dem Ober-Tribunal angenommen. IV. Senat. Erk. vom 1. Oct. 1861. Strieth. Arch. Bd. 43, Nr. 33. S. 138.

[12]) Beispiel in A. G. O. I. 14. § 14b.

[13]) A. G. O. I. 14. 14a.

meinschaft der Rechtsmittel die Rede sein könnte, so muss doch eine Betrachtung dieser hier als ausgeschlossen angenommen und der für den gemeinen Process vertheidigte technische Begriff der Gemeinschaft der Rechtsmittel, nämlich nur in seiner Beziehung auf die Parteien, auch nach den Bestimmungen der alten preussischen Processordnung aufgestellt werden. Denn dass gerade in den vorher berührten Instituten nicht der Process die Gemeinschaft unter jenen Personen hervorruft[14]), sondern vielmehr das ihm zu Grunde liegende, sich auf Alle gleichmässig beziehende materielle Rechtsverhältniss, beweist die Bestimmung A. G. O. I. 18. §. 9. und I. 14. 14a., in denen für die hinzutretende Person die Bescheinigung ihres Interesses bezw. die Gleichheit des Rechts verlangt wird. Mit dieser Erwägung stimmt auch der in unserer Processordnung gebrauchte Ausdruck völlig überein. Dieselbe betrachtet nämlich die Devolutiv-Wirkung der Appellation nach ihrer Beziehung auf die Parteien (I. 14. §§. 11. 12.), auf Streitgenossen (I. 14. §§. 13—14b.) und auf dritte bisher nicht in den Process verwickelte Personen (I. 14. §. 15. I. 17. §. 31. und I. 18. §. 10.), aber nur in Bezug auf das erste Verhältniss lautet das Marginale: „In wiefern die Appellation ein beneficium commune sei oder nicht.“ Und damit stimmen denn auch die Texteswort überein: „die Appellation soll zwischen den processirenden Parteien keine gemeinschaftliche Rechtswohlthat sein“, wodurch nicht nur die Gemeinschaft der Rechtsmittel für das Preussische Recht technisch erklärt wird, sondern auch diese Abgrenzung des Begriffs im gemeinrechtlichen Verfahren eine neue Begründung erhält. Mit dieser Auffassung der Rechtsmittelgemeinschaft im Gesetz stimmt auch die Doctrin — die Praxis selbst hat nur wenig Gelegenheit zur Aeusserung gehabt — überein. Zwar

---

[14]) Mit dieser Auffassung steht nicht im Widerspruch das Erk. des Ober-Tribunals vom 14. Juni 1853 (Strieth. Arch. Bd. 9. S. 351), wonach die Bestimmung des §. 11. Th. 1. Tit. 14 A. G. O. einen materiellen Rechtsgrundsatz enthalten soll. Denn wenn auch die Gemeinschaft des Rechtsmittels das materielle Recht der Parteien berührt und keine blosse Processvorschrift ist, so ist doch andererseits diese Gemeinschaft erst durch den Process selbst entstanden.

findet sich noch einmal bei einem älteren preussischen Processualisten die Redewendung, dass die Appellation zwar zwischen den processführenden Parteien keine gemeinschaftliche Rechtswohlthat sei, wohl aber zwischen den mehreren Theilnehmern in einem Processe[15]). Dies ist jedoch nur eine vereinzelte Erscheinung.

Grävell, der den umfangreichsten Commentar zur Gerichtsordnung geliefert, lässt sich folgendermassen vernehmen:

„Sowohl das Corp. jur. Frider. als die Gerichtsordnung erkennen den Grundsatz an, dass die Appellation keine gemeinschaftliche Rechtswohlthat sei, vielmehr nur demjenigen zu Statten kommt, der sie ergriffen hat, so dass in Ansehung des Gegentheils das Erkenntniss die Rechtskraft beschreitet[16])."

Schultz sagt: Die Appellation und Revision bildet keine beiden Parteien gemeinschaftliche Rechtswohlthat (beneficium commune)[17]).

Ein praktischer Jurist (Löwenberg) spricht mehrfach aus: „die Appellation ist keine gemeinschaftliche Rechtswohlthat für beide Parteien"[18]), und „die Nichtigkeitsbeschwerde kommt nur der beeinträchtigten Partei zu Statten, sie ist kein beneficium commune"[19]).

Koch führt an: „Unter Gemeinschaft (der Rechtsmittel) versteht man bekanntlich den Zustand, in welchem die Rechtskraft eines von der einen Partei angefochtenen Urtels durch Einlegung des Rechtsmittels nicht allein zum Vortheile der angreifenden Partei, sondern zugleich auch zum Besten des Gegners suspendirt wird, so dass dem Gegner die rechtliche Möglichkeit gegeben ist, noch nach dem Ablauf des Fatale, wo ihm eine selbstständige Berufung nicht mehr gestattet sein würde, dem eingelegten Rechtsmittel zu dem Zweck beizutreten, um eine dem Imploranten nachtheiligere Entscheidung, als die war,

---

[15]) Therlinden, Theorie der gerichtlichen Praxis, §. 436.
[16]) Bd. 3. §. 6. S. 25.
[17]) Die Lehre von den Rechtsmitteln, S. 27.
[18]) Die Lehre von den Rechtsmitteln, S. 73.
[19]) a. a. O. S. 159.

worüber er sich beschwert hat (reformatio in pejus) zu erwirken"[20]).

Ich schliesse mich also nur einer allgemein herrschenden Ansicht an, wenn ich in dem Folgenden nur von der oben entwickelten Gemeinschaft der Rechtsmittel rede.

---

[20]) Der preuss. Civ. Proc. S. 618 §. 338. Heffter, preuss. Civ. Pr. vermeidet den Ausdruck, „Gemeinschaft der Rechtsmittel" völlig. Vgl. auch Ewelt, die Gerichtsverfassung und der Civilprocess in Preussen, S. 157.

Theil I.

Die Gemeinschaft der Rechtsmittel nach gemeinem deutschen Civilprocess.

Vorbemerkung.

Das Institut, welches den Gegenstand dieser Abhandlung bildet, gehört seiner Entstehung und Begründung nach dem Römischen Rechtsgebiet, seiner Entwickelung nach der deutschen Gerichtspraxis an. Beide Seiten werden demgemäss in nähere Erörterung zu ziehen sein, und ich halte es daher nicht für unangemessen, auch die Entstehung unseres Rechtsinstituts weiter auszuführen, zumal das Römische Recht, wie gezeigt wird, die einzige positive Rechtsquelle ist, so dass ich die dort gewonnenen Ergebnisse nur auf den gemeinen Process zu übertragen habe.

Capitel I.

Die Entstehung und Begründung der Gemeinschaft der Rechtsmittel.

A.

Das vorjustinianeische Recht bis L. 39. C. 7, 62.

§. 1.

Die Appellation.

Selbstverständlich ist, dass von einer Gemeinschaft der Rechtsmittel nur die Rede sein kann, wenn solche selbst vorhanden sind. Die Rechtsmittel haben sich aber bei den Römern

nur allmälig gebildet, indem ihnen sogar erst Augustus eine Gestalt verlieh, welche für die gesammte Rechtsentwickelung aller Völker die Grundform bildete[1]). In der Zeit der Republik war es nur gestattet, gegen beschwerende Verfügungen eines Magistrats an einen andern paris majorisve potestatis sich zu wenden[2]), und daraus folgte, dass nur dem verurtheilten Beklagten, nicht aber dem abgewiesenen Kläger dieses Surrogat eines Rechtsmittels gestattet war[3]). Das Anrufen des anderen Staatsbeamten, vorzugsweise der Tribunen, hatte aber nur zur Folge, dass die beschwerende Verfügung unterbleiben musste, ihre Ausführung wurde gehemmt, nicht dagegen eine andere an deren Stelle gesetzt[4]).

Aber selbst als sich in der Kaiserzeit ein geordneter Instanzenzug gebildet hatte, äusserte doch die Appellation des einen Theils auf den andern keinen Einfluss. Denn der Oberrichter hatte nur über die ihm vorgebrachten Beschwerden zu entscheiden, diese entweder zu verwerfen oder ihnen Statt zu geben, im Uebrigen blieb das erstrichterliche Erkenntniss unberührt. Hatte also nicht auch der Gegner des Appellanten die Hilfe des obern Richters angerufen und gegen das ihn selbst ebenfalls beschwerende Urtheil Berufung eingelegt, so blieb dieses bestehen und der Appellat musste es in jedem Fall über sich ergehen lassen.

Mehrfache Quellenzeugnisse bestätigen diesen Zustand, indem sie die erkennende Thätigkeit des Oberrichters durch die Redensart bezeichnen: er habe auszusprechen, ob die Berufung zulässig oder unzulässig sei.

L. 122. §. 5. D. 45, 1.:

„et injusta haec quoque provocatio pronuntiata est."

L. 24. pr. D. 49, 1.:

„apellatione eorum injusta pronuntiata."

---

[1]) Keller, Röm. Civ. Pr. §. 82. Vering, Gesch. u. Inst. §. 132. Zimmern, Gesch. d. R. Pr. R. III. S. 502 ff. Sartorius, Arch. f. Civ. Pr. Bd. 31. S. 87—91.

[2]) Keller, a. a O. Not. 985. Zimmern, S. 503. Sartorius, S. 87 Not. 1—5.

[3]) Zimmern, S. 504. In den Provinzen war die Provocation noch beschränkter. Cic. Verr. II. 12. und dazu Ascon bei Zimmern S. 504 Not. 6a.

[4]) Keller, a. a. O. Not. 985. Zimmern, S. 504. Sartorius, S. 87 Not. 6—8, S. 88 und die Not. 9. citirt. Schriftsteller. Linde, Arch. Bd. 33. S. 150.

L. 6. pr. C. 7, 62:

„quum super omni causa interpositam provocationem vel injustam tantum liceat pronuntiare vel justam.“

L. 33. pr. C. eod.:

„necesse est eos aestimare, juste nec ne fuerit appellatum.“

Vgl. auch L. 21. D. 49, 1.

Das vorzüglichste Zeugniss aber, dass von Alters her der Oberrichter nur diese Wahl gehabt habe, dass er nicht in der Lage gewesen sei, bei bloss vorhandener Berufung des einen Theils das Urtheil zu Gunsten des andern abzuändern, bringt uns Justinian selbst in den Eingangsworten und Motiven der L. 39. C. 7, 62. bei:

„Ampliorem providentiam subjectis conferentes, quam forsitan ipsi vigilantes inveniunt, antiquam observationem emendamus, quum in appellationum auditoriis is solus post sententiam judicis emendationem meruerat, qui ad provocationis convolasset auxilium, altera parte, quae hoc non fecisset, sententiam sequi, qualiscunque fuisset compellenda.“

Der Kaiser bezeichnet sonach selbst als ein von Alters her geltendes Recht, dass in Appellationsprocessen diejenige Partei allein Anspruch auf richterliche Hülfe hätte, welche selbst Berufung eingelegt, dass die andere Partei aber, welche dies unterlassen, gezwungen war, das erste Urtheil, wie es auch ausgefallen sein mochte, anzuerkennen.

Diesen Quellenzeugnissen gegenüber darf man es als unbestritten ansehen, dass vor der erwähnten L. 39. der Oberrichter nur zu Gunsten des appellirenden Theiles hat entscheiden dürfen[5]),

[5]) Glossa ad l. Ampliorem. Casus. Olim si aliquis appellabat, appellator certe habebat commodum de appellatione, non adversarius verbi gratia: conveni Titium in XL., judex condemnavit eum in XXX. si Titius appellabat, judex appellationis, ut ei videbatur, ferebat sententiam pro appellatore, non pro me. Almendingen, S. 179, 180. Linde, Zeitschr. IX. S. 333. Schmidt, Ztschr. N. F. IV. S. 38. Sintenis, Erl. S. 422, 450. Gönner, III. 29. S. 153. Mehlen, §. 13. S. 24. Pütter, Op. C. 1. §. 6. Stryk, Diss. C. 3. p. 1343. Reinhardt, II. S. 276, 277. Heffter, Inst. S. 474. Civ. Pr. S. 549. Osterloh, II. S. 191. Zimmern, III. S. 532. Jordan, in Weiske R. L. I. S. 117. Kind, Qu.

d. h. mit andern Worten, dass bis zum Erlass jener Verordnung die Appellation keine Veränderung in der Lage des Appellaten, ein günstigeres Urtheil zu erhoffen, hervorrief, dass also eine Gemeinschaft der Appellation nicht stattfand.

Von dieser alten Gewohnheit hatte Justinian ein Jahr vor Erlass der Hauptverordnung (L. 39. cit.) 529 eine Ausnahme hinsichtlich des Kostenpunktes eingeführt in

L. 10. C. 7, 64: Imp. Justinianus A. Mennae Pf. P. Omnem honorem salvum judicibus reservantes, si quando una pars, quasi laesa per definitivam eorum sententiam, provocatione usa fuerit, interdicimus alteri parti, quae vicit, pro hoc tantum modo, quod nihil capere pro sumptibus litis et detrimentis, vel minus, quam oportuerat, jussa est, provocationem offerre, quum et ipsa decisionem litis recte factam esse confiteatur; judicibus scilicet, sive florentissimis proceribus sacri nostri palatii, sive his, quibus pro minore litium aestimatione consultationes delegantur, si perspexerint adjuvandum esse victorem sumtuum perceptione etiam sine provocatione ejus hoc statuentibus, et justam eorundem sumptuum quantitatem definientibus. Sed nec occasione consultationis introducendae victori provocationem concedimus, quum et priscis legibus liceat ei et sine provocationis auxilio eandem consultationem differente suo adversario introducere, et nos ei nihilo minus hoc permittimus, injuriam ex supervacua provocatione judicibus fieri prohibentes. Dat. VII. Id. April Constantinop. Decio V. C. Cons. 529.

In dem ersten Theile dieses Gesetzes verbietet Justinian dem Sieger, welcher die Hauptsache gewonnen hatte, dem aber die Kosten und Processschäden entweder gar nicht oder in zu geringem Maasse zuerkannt waren, deswegen selbstständig zu appelliren, wenn der andere in der Hauptsache unterlegene Theil gegen die Entscheidung des ersten Richters Appellation eingelegt

for. III. C. 78. S. 343. Linde, Rechtsmittel II S. 225. Archiv Bd. 19. S. 462f. Bd. 33. S. 155. Wetzell, S. 588 Not. 54. Bayer, Vortr. S. 1063, 1064. Sartorius, Arch. Bd. 31. S. 87ff. Bethmann-Hollweg, Röm. Civ. Pr. I. 1. §. 32. Heffter, Civ. Pr. §. 439. Renaud, S. 519. Schmidt, Handb. III. S. 452, Not. 24. v. d. Nahmer, Samml. m. E. Bd. II. S. 4.

hatte. Der Kaiser legt aber zu gleicher Zeit dem Oberrichter die Pflicht auf, von Amtswegen dem Sieger die Kosten und Schäden zuzusprechen, falls dieser eine solche Berücksichtigung zu verdienen scheint.

Insofern hat Justinian durch diese Verordnung eine Gemeinschaft der Appellation hinsichtlich der Kosten eingeführt[6]), und der Appellant muss, falls seine Beschwerden für unbegründet erachtet werden, von dem Richter zweiter Instanz auf ein Mehreres, als in erster Instanz verurtheilt werden. Im weiteren Sinne liegt also in diesem Gesetz eine reformatio in pejus[7]).

Eines Antrages des Appellaten, auf Grund dessen der Oberrichter seiner Beschwerde gemäss ihm die Kosten zuerkennen sollte, bedurfte es dem Wortlaute der Verordnung nach nicht[8]).

Hinsichtlich der unter Justinian zum ordentlichen Rechts-

---

[6]) Sartorius, Arch. 31. S. 92—95. Linde, Arch. 19. S. 463f. — Rechtsmittel II. 226 f. Sintenis, Erl. I. S. 442. Bülow, Abhandl. Th. I. S. 167—171. Bethmann-Hollweg, der Röm. Civ. Pr. Bd. 3. S. 331 Not. 42. Stryk, Diss. c. III. p. 1347. Pütter, l. c. c. I. §. 23. Schmidt, a. a. O. III. §. 453. Not. 24. Heffter, Civ. Pr. S. 549 Not. 126. Renaud, S. 525 Not. 35. Puchta, Grenzen des Richteramts, S. 99. Gensler, Comment. II. S. 120, d. Diodorus Tuldenus, Comment. ad Cod. Inst. p. 520. Lib. VII. Tit. 62.

[7]) Ueber den Ausdruck s. unten. Da Sartorius eine reformatio in pejus nur annimmt, wenn der Nachtheil den Appellanten in der Hauptsache trifft (a. a. O.), so schliesst er sie in L. 10. C. cit. aus (a. a. O. S. 95).

[8]) Der letzte Theil dieser Constitution hat — so viel mir bekannt — noch keine andere Auslegung als die sehr dürftige der Glosse gefunden. Meines Erachtens ist hier ein Unterschied gemacht zwischen den Appellationen und dem Rechtsmittel der Consultatio, welches in einem Bericht des Unterrichters an den Kaiser bestand (Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 332 ff.). Während nun in dem ersten Abschnitt der Kaiser dem Sieger die selbstständige Appellation wegen der Kosten untersagt, welche der Appellationsrichter diesem von Amtswegen und ohne Antrag zuerkennen sollte, wird in dem zweiten Abschnitt auch die Principaladhäsion verboten, d. h. der Sieger soll auch dann nicht appelliren, wenn sich der Gegner des Rechtsmittels der Consultation bedient, da auch bei Desertion desselben durch den Gegner der Sieger in der Hauptsache dieses fortsetzen darf. L. 81. D. 36, 1. L. 5. §. 4. C. 7, 63. L. 2. C. 7, 63. Die priscae leges beziehen sich also offenbar darauf, dass auch bei der Consultation die Sache einseitig fortgesetzt wird, wie bei der Appellation. Bethmann-Hollweg, a. a. O. S. 331 Not. 43. Danach ergiebt sich die Unrichtigkeit der Ansicht von Sintenis S. 442 Not. 1.

mittel ausgebildeten supplicatio[9]) habe ich keine Stelle gefunden, welche ausdrücklich darauf hinweist, dass auch hier eine Gemeinsamkeit desselben unter den Parteien eingetreten sei. Ob aber daraus, dass viele Grundsätze von der Appellation auf die supplicatio übertragen wurden[10]), auch — wenigstens für das spätere Recht — mittelst analoger Anwendung darauf geschlossen werden kann, erscheint bei der Dunkelheit dieses Instituts[11]) zweifelhaft und war sicherlich nicht vor Erlass der L. 39. C. 7, 62 der Fall.

§. 2.

Die restitutio in integrum.

Vor der Ausbildung der Appellation war die i. i. r. neben den für die Hebung von Nichtigkeiten vorhandenen Hilfsmitteln von ganz besonderer Wichtigkeit auch für den Process[1]), und bei der freien Entwickelung, welche dieselbe durch das pretorische Edict und die Anwendung der Juristen erhielt, ist auch für mich die Untersuchung gerechtfertigt, ob nicht bei diesem ausserordentlichen Rechtsmittel eine Gemeinschaft für den Gegner eintrat.

In der That scheint beim ersten Anblick eine Pandectenstelle darauf hinzudeuten[2]).

L. 29. §. 1. D. 4, 4: „Ex causa curationis condemnata pupilla adversus unum caput sententiae restitui volebat et quia videbatur in ceteris litis speciebus relevata fuisse, actor major aetate, qui acquievit tunc temporis sententiae, dicebat totum debere litem restaurari. Herennius Modestinus respondit: si species, in qua pupilla in integrum restitui desiderat, ceteris

9) Bethmann-Hollweg, a. a. O. S. 341.

10) Z. B. die Fristen L. 5. §. 5. C. 7, 63., der Ausschluss nach drei gleichlautenden Erkenntnissen L. un. C. 7, 70. Vgl. Bethmann-Hollweg, a. a. O. S. 341 Not. 15 u. 16. Heffter, Civ. Pr. S. 559 Not. 8.

11) Bethmann-Hollweg, a. a. O. S. 340.

1) Endemann, D. C. P. S. 959. Bethmann-Hollweg, II. §. 117. Not. 13—15

2) Vgl. Sartorius, a. a. O. S. 89. Arnold, Arch. f. Civ. Pr. Bd. 28. S. 80, 81. Wetzell, S. 591. Pütter, C. 1. §. 18. Schmid, Zeitschr. IV. S. 38.

speciebus non cohaeret, nihil proponi, cur a tota sententia recedi actor postulans audiendus sit.“

Eine im Process aus der Curatel verurtheilte Minderjährige verlangte wegen eines Punktes des Erkenntnisses die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Ihr grossjähriger Gegner, der Kläger im erwähnten Rechtsstreit, welcher sich damals bei dem Endurtheil beruhigt hatte, verlangte nunmehr die erneute Erörterung und Vernichtung des ganzen Streites. Der Jurist (Modestinus) weist ihn aber mit seinem Antrage deswegen ab, weil der Punkt, wegen dessen die Minderjährige Restitution verlangt, mit den anderen nicht im Zusammenhange stehe.

Es ist diese Stelle schon von der Glossatorenzeit an ohne Bedenken auch für die Appellation angewandt worden[3]), und ob zwar später mit Recht darauf hingewiesen wurde, dass die Grundsätze der Restitution als eines ausserordentlichen, auf höchst singulären Voraussetzungen beruhenden Rechtsmittels, nicht analog auf die Appellation ausgedehnt werden dürften[4]), so ist doch in neuerer Zeit dieselbe Ansicht wieder aufgetaucht[5]).

Es ist nun unzweifelhaft, dass nach den anerkannten Regeln[6]) über die analoge Anwendung von Rechtssätzen jener von der Restitution auf die Appellation gezogene Schluss verworfen werden muss. Damit fällt auch für diese die durch argumentum a contrario gemachte Folgerung, dass vermöge jenes Gesetzes eine Adhäsion des Appellaten gestattet sei, wenn seine Beschwerden mit denen des Appellanten in einem innern Zusammenhang ständen, connex wären.

Hierdurch ist aber nicht zugleich auch die Frage wegen der Restitution entschieden. Dass bei dieser weder eine Adhäsion noch eine Gemeinschaft überhaupt stattgefunden habe, findet ge-

---

3) Die Nachweise u. A. bei Wetzell, S. 591 No. 65. Ueber die Folgerungen, welche man daraus gezogen hat, vgl. unten.

4) Schon von Textor, De benef. adh. app. §§. 15—17. Pütter, a. a. O. C. 1. §. 18. p. 491.

5) Arnold, im Archiv Bd. 28. S. 80, 81. Dagegen wieder Sartorius, im Archiv Bd. 31. S. 89, 90.

6) Savigny, System Bd. 1. S. 290—296. Windscheid, Lehrbuch des Pandectenrechts §§. 21. 22.

wiss nicht durch die Bemerkung eine Widerlegung, es hätte von einer Adhäsion bei dem Restitutionsverfahren noch kein Jurist Etwas gehört, und es genüge das Zusammenwerfen des „dicere totam litem restaurari" mit der Adhäsion im justinianeischen Appellationsverfahren, den Anachronismus abgerechnet, über alle Begriffe[7]).

Nach dem Wortlaute des von dem Juristen ertheilten Bescheides ist allerdings anzunehmen, dass der Kläger mit seinem Antrage nicht abgewiesen worden wäre, wenn die übrigen Punkte des Urtheils mit der Beschwerde der Implorantin connex gewesen wären. Dies wäre aber keineswegs eine Folge seines Antrages, seiner Adhäsion gewesen. Die r. i. i. kommt nämlich nur dem Imploranten, nicht aber dessen Gegner zu Statten, wie dies mehrfach durch Quellenzeugnisse belegt ist. So kann z. B. Implorant ausdrücklich oder durch concludente Handlung auf die bereits beantragte Restitution verzichten, ohne dass der Gegner dieselbe für sich verwerthen darf[8]). Andererseits hat aber der Richter bei Berücksichtigung derselben sein Urtheil so zu fällen[9]), dass auch die Gegenpartei möglichst keinen Schaden erleidet, sondern in die frühere Lage zurückversetzt wird[10]). Daraus folgt aber, dass einerseits der Implorat mit seinen Widersprüchen und Gegenanträgen gehört werden muss[11]), und dass andererseits, da von Amts wegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

---

7) So wörtlich Sartorius a. a. O. S. 90.

8) L. 20. §. 1. L. 21. D. 4, 4. Bes. L. 41. D. eod. Vgl. Linde, Rechtsmittel II. S. 735.

9) Der Streit wegen des doppelten Verfahrens in einem judicium rescindens und rescissorium — wegen des röm. Rechts vgl. Zimmern, III, §. 101. Bethmann-Hollweg, II. §. 117. -- ist heut unpraktisch; da der Richter stets auch ein neues Erkenntniss an Stelle des alten zu setzen hat. Linde, a. a. O. S. 734. Wetzell, S. 534.

10) Windscheid, Lehrb. I. Aufl. S. 290. Not. 15 Baron, Pand. S. 239. L 24. §. 4. D. 4, 4.

11) Ausser der cit. Stelle ergeben dies noch: L. 13. pr. D. 4, 4; L. un. C. 2, 34; L 2. C. 2, 37. Nov. 119. C. 6. Windscheid, a. a. O. I. S. 288. Not. 7. Linde, a. a. O. II. S. 733 Not. 4 und die von diesen angeführten Schriftsteller. Schmidt, III. S. 555 Not. 14.

jeder Partei zu ihrem früheren Recht verhilft[12]), dieses Rechtsmittel auch zu Lasten und Ungunsten des Imploranten ausschlagen kann[13]). Auch in L. 29. §. 1. cit. ist von einer solchen Möglichkeit die Rede. Bezöge sich der von der Implorantin erbetene Antrag auf einen Punkt, welcher mit den übrigen connex wäre, so hätte nach den obigen Ausführungen der Richter schon von Amtswegen das ganze Urtheil vernichten müssen, und es hätte gar nicht eines Antrages des Imploraten bedurft. Denn durch Aussonderung des connexen Punktes wäre dessen Lage offenbar eine schlechtere geworden. Einen Beleg für die vorgetragene Ansicht und gleichsam den Gegensatz zu der besprochenen Stelle bietet L. 47. §. 1. D. 4, 4. Hier hat der Curator eines Minderjährigen die ihm mit diesem gemeinschaftlich gehörigen Grundstücke verkauft, und es fragt sich nun, wie weit der Verkauf auf Erbittung der Restitution rückgängig gemacht werde, ob gänzlich oder nur soweit, als der Minderjährige daran betheiligt ist. Der Jurist entscheidet sich für das Letztere: — „nisi si emtor a toto contractu velit discedi quod partem emturus non esset.“ Handelt diese Lex auch nicht von der Restitution gegen ein Erkenntniss, so bietet sie doch eine Analogie, was der Richter auch bei einem solchen Fall zu thun habe.

Das Ergebniss dieser Darstellung ist, dass schon nach dem classischen Recht die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in gewissem Sinne eine Gemeinschaft unter den Parteien hervorrief.

So lange freilich das vernichtende Urtheil vom Richter noch nicht ausgesprochen ist, kann der Implorant jederzeit von der Wiedereinsetzung zurücktreten, und Implorat hat selbst kein Recht, das rechtskräftig gewordene Urtheil, bei dem er sich beruhigt hatte, in Frage zu ziehen[14]). Sobald aber in Folge Antrags auf restitutio das erste Urtheil vernichtet wurde, musste vermöge der gesetzlich vorgeschriebenen Berücksichtigung des

---

12) „Restitutio autem ita facienda est, ut unus quisque integrum jus suum recipiat.“ L. 24. §. 4. D. 4, 4.

13) Windscheid, a. a. O. S. 290 Not. 16.

14) Siehe die Stellen bei Not. 8. Schmidt, Handb. III. S. 555. Not. 15.

Gegners, und um die Lage der Parteien zu einer gleichen zu machen, das neue Urtheil auch dem Imploraten zu Statten kommen, selbst zzm Nachtheil des Imploranten.

Insofern war die restitutio i. i. den Parteien gemeinschaftlich.

§. 3.
Die Nichtigkeit.

Das richterliche Urtheil, entstanden durch den Grundsatz: judicio contrahitur [1]) und daher selbst von den Römischen Juristen als eine Art Vertrag bezeichnet [2]), war nur unter denselben Voraussetzungen, wie dieser, gültig, und bei dem Mangel eines wesentlichen Erfordernisses ebenso ohne Weiteres nichtig. Die Mittel, wodurch jene Nichtigkeit festgestellt werden konnte, waren im vorjustinianeischen Recht höchst verschieden. Princip ist nun, dass eine solche Sentenz keine Wirkung äussere, der davon Betroffene bedurfte keiner Thätigkeit, sie aus der Welt zu schaffen, vielmehr konnte er entweder als Verklagter mit der actio judicati belangt, dieser die sog. exceptio nullitatis entgegenstellen [3]) oder als Kläger — wenigstens in der nachclassischen Zeit — nochmals die frühere Klage anstellen und der Einrede des ergangenen Urtheils die sog. replicatio nullitatis entgegensetzen [4]). Endlich hatte der unterlegene Beklagte, welcher das Urtheil bereits ausgeführt hatte, innerhalb 10 resp. 20 Jahren die revocatio in duplum, wodurch er das Gezahlte wieder einfordern konnte [5]). In allen diesen Fällen wurde ein judex be-

---

1) L. 3. §. 11. D. 15, 1. (Ulpianus).

2) Gaius, III. 180. Baron, Pandecten S. 552.

3) Im Röm. Sinne keine exceptio, sondern ein eigentlich Leugnen. L. 1. C. 7, 56. L. 11. D. 2, 15. L. 75. D. 5, 1. Renaud, S. 533, Not. 5. Wetzell, S. 625 Not. 8. Schmidt, Handb. III. S. 526 Not. 16. Zimmern, III. §. 167. S. 496. Heffter, Civ. Pr. §. 477. S. 580. Endemann, S. 937. Bethmann-Hollweg, II. §. 118. S. 724. Linde, II. §. 227. S. 404. Keller, Civ. Pr. S. 232, 236, 343.

4) Linde, a. a. O. und die Not. 3 Genannten.

5) Auf Grund der Stelle bei Paull., sent. recept. V. 5a. §. 8., in welcher das „in judicium deduci“ der res judicata und die „revocatio in duplum“ einander entgegengesetzt werden. Wetzell, S. 626 Not. 14, und Renaud, S. 533 Not. 7.

stellt, dessen Wahrspruch sich allein auf die Frage beschränkte, ob ein gültiges Urtheil ergangen sei, „judicatum sit nec ne." Entschied derselbe im verneinenden Sinne, so war das frühere Erkenntniss in allen seinen Wirkungen nichtig und es musste ein neues Erkenntniss gefällt werden[6]), im entgegengesetzten Falle aber erfolgte eine Verurtheilung auf das Doppelte[7]). Sicherlich ist in dieser neuen Sentenz des Richters, wodurch er ausspricht, dass die wider das ergangene Urtheil erhobene Nichtigkeitsbeschwerde — wenn es gestattet ist, schon jetzt diesen Ausdruck anzuwenden — unbegründet sei, eine reformatio in pejus im weitesten Sinne enthalten, indem ja Implorant, welcher ganz von dem Spruch befreit sein will, auf das Doppelte des früheren Judicats verurtheilt wird. Allein diese reformatio steht weder mit der später so bezeichneten[8]) im Zusammenhang, noch ist sie die Folge einer etwa zu denkenden Gemeinschaft, welche das neue Verfahren unter den Parteien hervorrufen möchte. Denn der Gegner hatte diese Summe gar nicht zu fordern, noch darauf einen Antrag gerichtet, vielmehr war die Verurtheilung auf das Doppelte einzig aus dem Gesichtspunkte der Strafe für den Querulanten, als eine poena temere litigantium aufgestellt worden[9]).

Mit der Entwickelung des Rechtsmittels der Appellation war es auch möglich, ein nichtiges Urtheil auf diesem Wege anzufechten, wie freilich nicht ausdrücklich, aber doch vielfach mittelbar[10]) in den Quellen bezeugt wird.

Ich darf mich also deswegen auf das Cap. 1. §. 1. Gesagte beziehen.

Endlich soll nach der Ansicht einiger Gelehrten[11]) bereits

---

6) Vgl. L. 11. D. 2, 15.

7) Gaius, IV. 9. 21. 171. Keller, C. P. S. 76.

8) Siehe unten.

9) Keller, a. a. O. S. 235. Zimmern, III. S. 539. Im Justin. R. wird die revocatio in duplum nicht mehr erwähnt. Hierüber herrscht unter den Schriftstellern fast Einstimmigkeit. Vgl. Wetzell, S. 625. Not. 10.

10) Die Stellen bei Renaud, S. 533 Not. 4.

11) Bes. Cujacius, Heffter, Wetzell — für welchen Letzteren sich auch Endemann, S. 938 Not. 9 entscheidet — gegen Bethmann-Hollweg II. S. 725 ff.,

im Römischen Recht ein eigenes Rechtsmittel für die Nichtigkeiten, nämlich die querela nullitatis vorhanden gewesen sein. Ich darf jedoch die Entscheidung dieser Frage dahin gestellt sein lassen, da in den Quellenbelegen, welche für diese Ansicht aufgestellt worden [12]), sich jedenfalls keine Spur von einer hier vorhandenen Gemeinschaft unter den Parteien findet.

Dagegen ist die weitere Streitfrage für diese Betrachtung von grösserer Bedeutung, ob bei vorhandener Nichtigkeit der Richter — da nach der in der Kaiserzeit erfolgten Veränderung der Gerichtsorganisation von der Bestellung eines judex nicht mehr die Rede war, sondern der Magistrat sein eigenes Urtheil cassirte — nur das ergangene Urtheil vernichtete und es dann den Parteien bezw. dem Kläger überliess, ein neues Urtheil hervorzurufen, oder ob der Richter sofort anstatt des vernichteten ein neues Urtheil fällt. In dem ersteren Falle nämlich könnte von einer Gemeinschaft dieses Rechtsmittels gar nicht die Rede sein, während in dem letzteren doch die Möglichkeit zu einer solchen gegeben und denkbar wäre.

Die meisten Schriftsteller entscheiden diese Frage vom Standpunkte des gemeinen Rechts, ohne auf die Bestimmungen des Römischen näher einzugehen [13]). Für das Letztere wird sie aber unter Umständen zu bejahen sein; nämlich dann, wenn Implorant darauf anträgt, was wohl der Fall sein wird, wenn er als Kläger durch den nichtigen Process abgewiesen wird. Die Stellen, auf welche ich meine Meinung stütze, sprechen klar aus, dass der Magistrat, welcher das ergangene Urtheil vernichtet, entweder selbst über die Sache, als eine res integra, neu entscheiden oder

---

Linde, II. S. 442—446. Renaud, S. 534 u. A., bei diesem a. a. O. Not. 9 und Wetzell, S. 628, 629, Not. 25—29.

[12]) Bes. L. 3. C. 7, 63. ein Rescript Gordians, nach welchem der Antrag auf Nichtigkeit mit „querelam deferre" bezeichnet wird. Ueber die Bedeutung des Wortes „querela" ist Streit. In L. 4, 5. C. 7, 43. L. 1. C. 7, 44. L. 1. C. 7, 45. L. 3. C. 7, 48. L. 4, 6. C. 9, 2. — Wetzell, S. 630 Not. 31. — ist immer nur von der Nichtigkeit des ergangenen Urtheils die Rede.

[13]) So Schmid, III. 531 f. Heffter, C. P. S. 588 f. Bayer, S. 1096, aber auch ihre Gegner, Renaud, S. 536, Endemann, S. 953 f. Wetzell, S. 652 Not. 123.

sie zur Entscheidung an einen judex überweisen kann[14]). Welches aber der Erfolg dieser neuen Entscheidung ist, ob dadurch der Beschwerdeführer stets nur ein günstigeres Urtheil erhält, oder ob dasselbe auch zu seinem Nachtheil ausfallen kann und er dadurch schlechter gestellt wird, als er es durch das nichtige Urtheil war, darüber enthalten die Quellen ein bestimmtes Zeugniss nicht. Berücksichtigt man aber, dass nach Vernichtung der alten eine von dieser unabhängige neue Entscheidung ergeht[15]), dass dabei die Parteien in die Lage, wie sie vor dem vernichteten Erkenntniss bestand, versetzt werden, also Jeder aufs Neue seine Gerechtsame wahren kann, so ist in der That die Möglichkeit vorhanden, dass der Beschwerdeführer einen grösseren Vortheil erleidet.

Ich glaube also auch hier nicht zu irren, wenn ich ganz wie bei dem Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, eine Gemeinschaft der Parteien bei der Nichtigkeitsbeschwerde in gleichem Umfange annehme.

B.

Die Verordnungen Justinians.

§. 1.

Ihre Tendenz.

Zeigt sich also aus der bisherigen Betrachtung, dass von den gegen ergangene Erkenntnisse zu richtenden Rechtsmitteln die Wiedereinsetzung und die Nichtigkeitsbeschwerde vermöge der ihnen eigenthümlichen Natur eine Gemeinschaft des Rechtsmittels unter den Parteien in einem gewissen Sinn und Umfang ergeben mussten, so war auch jede Neuerung und Erweiterung

---

14) Linde, Rechtsmittel S. 405. L. 4. u. 6. C. 7, 43. L. 1. C. 7, 44. L. 1. C. 7, 45. L. 3 C. 7, 48. L. 6. C. 7, 64. L. 1. pr. §. 1. D. 49, 8., und auch für das Strafverfahren L. 4. u. 6. C. 9, 2.

15) Z. B. L. 1. C. 7, 45. — Potes igitur ut re integra de causa cognoscere.

dieses Zustandes auf ein ganz bestimmtes Gebiet beschränkt, nämlich: das der Appellation. Justinian war es vorbehalten, der Urheber dieser Reform zu sein, die er einführte, indem er nach seiner ersten Verordnung über die Kosten[1]) auch hinsichtlich der Hauptsache bestimmte, dass die Einlegung der Appellation für beide Theile ihre Wirkungen äussern sollte.

Bei der Ausbildung der übrigen Rechtsmittel durch Prätoren und Juristen hat Justinian naturgemäss der Appellation sein besonderes Augenmerk zugewandt, und dieses Rechtsmittel mehrfach während seiner Regierungszeit verändert und zum Vortheil des materiellen Rechts umgestaltet[2]). Ausser dem oben erörterten Gesetz über die Appellation wegen der Kosten erging auch noch am 17. November 529[3]) eine Verordnung — L. 5. §. 4. C. 7, 63[4]) — welche bestimmte, dass wenn Appellant nach Einführung der Appellation beim Oberrichter ein Jahr verstreichen liess, ohne diese fortzuführen, er der Appellation verlustig gehen und das alte Urtheil wieder aufleben und vollstreckt werden solle. Es ist mir nicht bekannt, dass auf Grund dieser Verordnung Jemand die Einführung der Appellationsgemeinschaft behauptet hat[5]), trotzdem wird diese Stelle vielfach erörtert, um aus ihr ein neues Beweismittel für das Princip der justinianeischen Reformen zu entnehmen.

Und in der That wird hierdurch der oben erwähnte Zweck des Gesetzgebers bestätigt. Denn während früher der Appellant allein einseitig zum Nachtheil des Appellaten das Verfahren in der Appellationsinstanz zu Ende führen durfte[6]), dem Appellaten aber ein solches Recht nicht gestattet war, wird durch L. 5. §. 4.

---

1) Oben A. §. 1.

2) Sartorius, im Archiv 31, §. 4. a. Anf. S. 91.

3) Sartorius, a. a. O. Not. *).

4) Vgl. ausser Sartorius a. a. O. S. 95—97 Heffter, Civ. Pr. §. 446. Bethmann-Hollweg III. S. 331. Not. 43, 44. Schmid, Handbuch III. S. 451 Not. 22. Linde, im Archiv Bd. 19. S. 468. und Rechtsmittel II. S. 231 f.

5) Sartorius a. a. O. S. 91 deutet es, ohne Belege anzuführen, an.

6) L. 81. D. 36, 1. Bethmann-Hollweg, S. 331 Not. 43, Sartorius S. 96 Not. 4.

C. 7, 63. diese Härte beseitigt und eine Gleichheit unter den Parteien hergestellt.

Das grundlegende Gesetz für das Institut der Appellationsgemeinschaft ist die im folgenden Jahr — 27. März 530[7]) — erlassene L. 39. C. 7, 62. Nachdem der Kaiser im Eingang derselben den bisherigen Rechtszustand mit wenigen Worten beleuchtet[8]), fährt er fort:

Sancimus itaque si appellator semel in judicium venerit, et causas appellationis suae proposuerit, habere licentiam et adversarium ejus, si quid judicatis opponere maluerit, si praesto fuerit, hoc facere, et judiciale mereri praesidium, sin autem absens fuerit, nihilo minus judicem per suum vigorem[9]) ejus partes adimplere.

Da unbezweifelt diese justinianeische Verordnung auch für den gemeinen Process neben dem Novellenrecht die einzige Quelle der Appellationsgemeinschaft bildet[10]), so ist deren Auslegung für meine Aufgabe von ausserordentlicher Wichtigkeit. Ich werde also zunächst die Erörterung dieser Constitution versuchen und daran die Betrachtung über die Veränderung reihen, welche etwa L. 39. durch die Novellen erlitten hat.

Auch der Inhalt dieses Gesetzes deutet die wohlwollende Absicht des Gesetzgebers an, wenn es gleich fraglich sein wird, wie weit dieselbe erreicht und ob sie gerechtfertigt war[11]).

Es ist bereits bemerkt worden, dass nach altem Recht der Appellat zwar seine Einwendungen gegen die Appellation seines Gegners vorbringen[12]), aber selbst auf eine Aenderung des ersten

---

7) Sartorius, S. 98 Not. *).

8) S. oben §. 1.

9) Die von Riedesel ab Eysenbach de adhaes. et com. appell. §. 11. gebilligte Lesart rigorem — durch keine Handschrift bestätigt — wird mit Recht zurückgewiesen von Sartorius aus inneren Gründen, S. 98 Not. *). Ueber den Charakter der Verordnung vgl. auch Stryk, diss. S. 1344.

10) Vgl. u. A. Schmid, III. S. 453 Not. 24. Sartorius, S. 98, §. 7. a. Anf. Linde, Arch. 19. S. 509.

11) Sintenis, Erläut. I. S. 445. §. 12.

12) Linde, II. S. 225 ff. Sartorius, a. a. O. S. 98. Vgl. L. 41. D. 10, 2. L. 4. C. 7, 63.

Urtheils zu seinen Gunsten niemals rechnen konnte, wenn er nicht selbstständig ebenfalls appellirte. Es war nur dem Grundsatz von der Gleichheit der Parteien und dem in L. 10. C. 7, 64. ausgesprochenen Princip „injuriam ex supervacua appellatione judicibus fieri prohibentes“ durchaus angemessen, dass Justinian diesen Zustand abänderte, indem er verordnete, es könne Appellat auch ohne selbstständige Berufung sich die Appellation des Gegners nutzbar machen und im Wege der Appellationseinrede, also nach Ablauf der für die Einwendung und Einführung bestimmten gesetzlichen Fristen, seine eigenen Beschwerden vorbringen, und ferner dem Richter die Pflicht auferlegte, für den Fall, dass das Verfahren in Abwesenheit des Appellaten fortgesetzt würde, die Stelle des letzteren zu vertreten.

Der Inhalt dieser Verordnung bedarf einer genauen Erörterung über folgende Punkte:

1) wann trat das Recht des Appellation ein, — oder, mit andern Worten, in welchem Zeitpunkt ist die sog. Gemeinschaft der Appellation begründet;
2) wie weit erstreckt sich diese — Umfang der Appellations-Gemeinschaft;
3) welche Grundsätze gelten bei Anwesenheit und bei Abwesenheit des Appellaten;
4) Verhältniss der Rechte des Appellaten zu denen des Appellanten;
5) Hindernisse der Appellations-Gemeinschaft.

§. 2.

In welchem Zeitpunkt ist die Gemeinschaft der Appellation begründet?

Das Gesetz selbst giebt diesen Zeitpunkt mit den Worten an: „si appellator semel in judicium venerit et causas appellationis suae proposuerit.“ Es ist aber über die Auslegung derselben Streit entstanden, und namentlich folgende Meinungen sind aufgestellt worden:

I. Nach den Einen soll dieser Zeitpunkt die Einführung der Appellation sein. Am Ausführlichsten behandelt diese Frage Linde[1]). Er behauptet nach einer Auseinandersetzung des Römischen Appellations-Verfahrens, dass die Appellations-Gemeinschaft einzig und allein durch die Appellations-Introduction Seitens des Appellanten begründet gewesen sei.

Er giebt zwar zu, dass nach dem Wortlaut unserer Constitution ausser der Einführung auch noch die propositio der causae appellationis verlangt werde, und dass, da mit dem Aufstellen derselben im ersten Termin auch in der Regel deren Rechtfertigung verbunden gewesen sei, es scheinen könne, als ob erst nach dieser auch für den Appellaten jenes Recht erwachsen sei. Linde meint nun, dass auch ohne Rücksicht auf das Novellenrecht, welches seine Ansicht ausdrücklich bestätigen soll, die L. 39. C. cit. nichts mehr, als das einmalige Erscheinen des Appellanten vor dem Oberrichter verlange, um die Appellation anhängig zu machen[2]). Auch Schmid[3]) hält diesen von Linde angenommenen Zeitpunkt für den allein richtigen, da jedenfalls in der von L. 39. nur verlangten Aufstellung von Beschwerden noch keine Rechtfertigung liege, und eine Beziehung der gedachten Gesetzesworte auf letztere erkläre sich aus der regelmässigen Verbindung von Einführung und Rechtfertigung, sei aber nicht entscheidend.

Diesen Erörterungen ist die Mehrzahl der Schriftsteller gefolgt[4]).

---

1) Arch., Bd. 19. S. 480—488. Rechtsmittel, II. S. 244—252.

2) Rechtsmittel, §. 199. II. S. 249.

3) Handbuch, III. S. 451. Not. 22.

4) Ich führe nur diejenigen an, die auch auf die Bestimmungen des Römischen Rechts eingehen. Bayer, Vortr S. 1066 — früher scheint er auch die Rechtfertigung als möglich hingestellt zu haben, vgl. Schmid, S. 451 Not. 22. Linde, a. a. O. S. 245 Not 2. — Wetzell, S. 588, 594. Sintenis, Erl. I. S. 423, 461. Endemann, S. 913. Renaud, S. 520. Von den Aelteren: Mevius, Dec. V. 215. „Nihil ultra requiritur, quam ut ab appellante introducta sit appellatio." Claproth, II. 616. Pütter, p. 485, 488. Bethmann-Hollweg, I 331. lässt es zweifelhaft, ob schon die Einführung genüge oder noch die Rechtfertigung erforderlich sei.

II. Andere Schriftsteller sehen zwar die Einführung der Appellation durch den Appellanten für hinreichend an, die Appellations-Gemeinschaft zu begründen, aber doch nur dann, wenn diese Einführung in einer gewissen Weise geschehen ist. So lassen nach Gensler[5]) die Worte: „causas appellationis proponere" die Gemeinschaft mit der Introduction und den Vortrag der speciellen Beschwerden eintreten, und auch nach Heffter[6]) tritt dieses Recht des Appellaten zwar vom Zeitpunkte der Einführung, aber mit Aufstellung bestimmter Beschwerdepunkte Seitens des Appellanten ein[7]).

III. Eine dritte Gruppe verlangt Rechtfertigung der Appellation durch den Appellanten. Genauer — ohne jedoch im Besondern auf L. 39. cit. einzugehen — vertheidigt seine Ansicht Mehlen[8]), mit welchem übereinstimmen Martin[9]) und Osterloh[10]).

IV. Ganz abweichende Ansichten stellten auf:

a) Gönner[11]). Er ist der Einzige, welcher ein Lob für die von Justinian zur Bestimmung des Zeitpunkts gebrauchten Ausdrücke hat[12]). Seine Ansicht stützt sich hauptsäch-

---

5) Comment üb. Martin, II. 120.

6) Civ. Proc. §. 454. S. 550. Dies ist auch die Ansicht des Ober-Appellationsgerichts zu Wiesbaden, siehe v. d. Nehmer, Sammlung der merkwürdigen Entscheidungen, Bd. II. S. 6, wenn es gleich für den gem. Proc. andere Folgerungen zieht.

7) Sehr ungenau und fast ohne Unterscheidung von der Ansicht I. giebt deren Meinungen Schmid, a. a. O. Jordan, in Weiske's R. L. I. S. 119 lässt die Möglichkeit der Adhäsion schon mit der Einführung und Verbindung der Beschwerde entstehen, definitiv werde sie aber erst durch die Ladung. Für das Röm. Recht müsste er sich also der Ansicht von II. anschliessen.

8) §. 16. S. 33. §. 21. S. 39, 40. Wenn er aber für sich noch Mevius, V. 215. anführt, so ergiebt sich sein Irrthum aus den oben Not. 2 citirten Worten des Letzteren.

9) §. 292. C.

10) II. 193. Schmid, a. a. O., führt nach Danz ordentl. Proc. §. 414. an; in der mir zugänglichen Ausgabe, §. 415. S. 605, verlangt dieser aber Erkennen der Processe.

11) Handbuch, III. No. XXXII. S. 158, ihm schliesst sich auch an Reinhardt, II. S. 278, 280.

12) „Und mit musterhafter Kürze hat er einen grossen Inbegriff von Rechtswahrheiten vorgetragen."

lich auf das Wort „judicium“, in welchem er noch den technischen, von „jus“ verschiedenen Begriff sieht. Erst dann sei in der Appellationsinstanz die Beschwerdeschrift vorgebracht, wenn der Oberrichter die Appellation angenommen und zur Verhandlung der Sache beide Theile vorgeladen hatte. Dies sei das judicium der zweiten Instanz gewesen, und erst hier hätte der Appellat mit seinen Beschwerden, wegen deren er nicht selbsständig appellirt, hervortreten dürfen.

b) Almendingen[13]) giebt zwar den Zeitpunkt für das Römische Recht nicht besonders an, aber indem er ihn dahin feststellt, dass der Appellant nach unserem juristischen Sprachgebrauch Appellationsprocesse beim höheren Richter und die Vorladung des Gegners erwirkt hätte, nähert er sich der von Gönner vorgetragenen Ansicht, nur dass nach ihm die Appellations-Gemeinschaft etwas früher eintritt, nämlich nicht erst mit dem Vorbringen der Appellations-Einreden, sondern schon mit der erlangten Ladung.

c) Batz[14]) lässt die Gemeinschaft mit dem Augenblick der erkannten Appellations-Processe entstehen. Es soll dies daraus hervorgehen, dass das Gesetz nur die dem Gerichte vorgetragenen Gründe der Appellation verlange, welcher Vortrag offenbar erst nach der für rechtlich begründet erkannten Appellation hätte geschehen können.

Prüfung der vorgetragenen Meinungen.

Die Ansichten der letzten Gruppe, denen mehr oder weniger gemeinsam ist, dass sie den Eintritt der Appellations-Gemeinschaft an ein Erkenntniss des höheren Richters über die Zulässigkeit der eingelegten Appellation knüpfen, sind mit Recht bereits von Linde bekämpft und widerlegt worden[15]). In der That be-

---

13) Metaphysik des Civ. Pr. S. 180, 181, 183.
14) Abh. XX. S. 270, so auch Danz, s. o. Not. 9.
15) a. a O. S. 249—252.

ruhen sie auf einer völligen Unkenntniss des damaligen Appellations-Verfahrens. Dass das Letztere durchaus ein mündliches gewesen ist, ist jetzt wohl allgemein anerkannt[16]).

Zur Entscheidung für unsere Frage ist aber von diesem nur hervorzuheben, dass die Appellation von dem Appellanten bei dem Unterrichter eingelegt[17]), und wenn dieser sie angenommen, — was er in der Regel thun sollte[18]) — durch Ueberreichung der Aposteln und Acten an den Oberrichter bei diesem eingeführt wurde[19]). Diese Einführung war durch die Gesetzgebung auf ein für alle Mal festgestellte Tage verlegt worden, und zwar ordnete Justinian nach einem Wechsel der Gesetzgebung[20]) an, dass am Ende der Introductionsfrist, nämlich am letzten, den vier vorhergehenden und fünf nachfolgenden Tagen als den dies fatales diese Einführung stattfinden sollte[21]). An dem Tage der Einführung erfolgte in der Regel auch die Rechtfertigung, wie schon daraus hervorgeht, dass selbst an diesem Tage das zweite Urtheil gefällt werden konnte[22]).

Es ist dies auch umsomehr dem damaligen Zustande entsprechend, als, wie der Gesetzgeber selbst oft hervorhebt[23]), das Verfahren für die Parteien ein sehr umständliches und mit grossen Kosten verknüpftes war. Doch war es auch zulässig, dass der Richter an dem Einführungstage einen anderen Termin bestimmte,

---

16) Sartorius a. a. O. S. 326. Linde, Rechtsmittel II. S. 246. Arch. 19. S. 482. Sintenis, Erl I. S. 425, 435. Zimmern III. S. 512. Heffter, Civ. Pr. §. 444. Bethmann-Hollweg, §§. 116. 150.

17) Bethmann-Hollweg, III. S. 326.

18) L. 42. Cod. Theod. 11, 36.: „Probamus verecundiam judicantis si superfluam quoque recipiat provocationem" Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 329, Not. 30. Gegen eine abweisende Verfügung des Unterrichters findet Beschwerde an den Oberrichter statt. Bethmann-Hollweg a. a. O. Not. 27.

19) Bethmann-Hollweg, S. 330.

20) Bethmann-Hollweg a. a. O.

21) L. 5. C. 7, 63.

22) L. 32. pr. §. 4. C. 7, 62. — quibus ceterae quoque lites fatali die post appellationem in sacris auditoriis terminantur — Vgl. auch L. 5. §. 3. C. 7, 63.

23) Bethmann-Hollweg, S. 333.

an welchem die Rechtfertigung der Appellation und weitere mündliche Verhandlung stattfinden sollte [24]).

Es ergiebt sich aus dieser Darstellung, dass es — worauf doch die sub IV. erwähnten Schriftsteller Gewicht legen — zu einer Ladung des Appellaten gar nicht kam, weil der Einführungs- bezw. Rechtfertigungs-Termin schon durch das Gesetz anberaumt war, der Appellat also denselben kennen musste. Von einer „Erwirkung" der Ladung des Appellaten konnte also keine Rede sein. Wenn aber ferner noch behauptet wird, dass die Appellations-Gemeinschaft von dem Erkennen der Processe abhängig gewesen sei, so ist — wie eben gezeigt — eine solche Thätigkeit des Oberrichters im römischen Appellations-Verfahren überhaupt nicht vorhanden. Richtig ist nun zwar, dass dieser die eingeführte Appellation prüfen musste und eine unzulässige zurückweisen konnte [25]), sowie dass ohne Zulässigkeit der Appellation auch eine Gemeinschaft derselben nicht bestehen kann [26]). Allein mit Recht hat hierzu schon Linde bemerkt [27]), dass nach dem Gesetz der Zeitpunkt der Gemeinschaft an die eine Parteihandlung des Appellanten geknüpft ist und demnach die richterliche Thätigkeit kierbei ohne Einfluss sein muss. Es darf aber noch hinzugefügt werden, dass die Gemeinschaft der Appellation in einem Verhältniss der Parteien zu einander und nicht des Appellaten zu dem Oberrichter besteht, und dass nur von einer Handlung des Appellanten diese abhängig sein kann und der richterlichen Einwirkung gänzlich entzogen ist. Wenn endlich Gönner das Wort „judicium" in unserer Stelle als einen technischen Begriff und als Gegentheil von „jus" im Sinne des classischen Römischen Processes auffasst, so hat hiergegegen schon Gensler [28]) eingewandt, dass dieses Wort hier keine Aufklärung

---

24) Nov. 119. C. 4. — cumque judex intra dictos dies admittere differat. Das Gesetz rührt vom Jahre 544 her, enthält aber sicherlich in dieser Hinsicht älteres Recht und bestimmt nur neu, dass eine solche Vernachlässigung des Richters den Parteien Nichts schaden solle.

25) Bethmann-Hollweg, S. 329 Not. 28, 29. Zimmern, S. 513 Not. 18.

26) Betz, Abth. XX. S. 270.

27) Rechtsmittel II. S. 251.

28) Commentar II. 121.

geben könne, weil dieser scharfe Gegensatz des altrömischen Rechts durch die Constitutionen der Kaiser mit den eingetretenen Veränderungen der Gerichtsverfassung erloschen sei[29]). Die Unrichtigkeit dieser von Gönner vorgetragenen Meinung tritt aber noch dadurch hervor, dass Justinian in L. 39. cit. überhaupt auch bei Abwesenheit des Appellaten es zu einer Gemeinschaft der Appellation kommen liess, und dass doch in diesem Falle von Einwendungen, Litis Contestatio desselben und einem judicium in jenem Sinn gar nicht die Rede sein konnte[30]).

Glaube ich nunmehr die sub IV. aufgestellten Meinungen durch diese Erörterung widerlegt zu haben, so fragt es sich nun weiter, ob die dritte Ansicht, dass die Gemeinschaft der Appellation mit der Rechtfertigung derselben durch den Appellaten eintrete, richtig sei.

Ich muss mich für die Verneinung dieser Frage entscheiden; denn der Ausdruck „causas appellationis proponere" ist meines Erachtens keineswegs im Sinne von „Rechtfertigung" aufzufassen. Letztere wird vielmehr in fast allen Stellen durch „causas reddere" bezeichnet[31]), indem dies bald mit causam dicere[32]), bald mit causam exsequi[33]) identisch erachtet wird, und andererseits durch das „causas reddere" die Unbilligkeit des ersten Urtheils aufgedeckt werden soll[34]). Wenn sich ausserdem auch noch andere Ausdrücke finden, wie causas appellationis habere[35]), oder causas appellationis agere[36]) oder causas

---

29) Vgl. auch Keller, S. 4 Not. 10.

30) Linde, S. 249.

31) L. 4. §. 1. D. 49, 1. L. 18. D. eod. L. 1. C. 7, 66. Tit. D. An per alium causas appellationis reddi possint. Bethmann-Hollweg I. S. 331. Linde II. S. 246 ff. Zimmern, S. 512. Sartorius, S. 98 Sintenis I. S. 428 f., 449.

32) So in L. 3. §. 3. D. 49, 1.

33) So in L. 28. D. 49, 1.

34) L. 1. D. 49, 13. — „in reddendis causis appellationis iniquitatem sententiae detexerit."

35) So in L. 13. D. 49, 1.

36) Im Sinne von „Berufung ergreifen, den Appellations-Process anstrengen". L. 5. §. 2. L. 7. D. 49, 1.

appellationis repraesentare[37]), explanare[38]), die mehr oder weniger dasselbe bedeuten, so habe ich doch nirgends als in L. 39. cit. die Worte „causas proponere“ auffinden können, und wenn es gleich nicht unbedenklich ist, bei der schwülstigen Sprache der justinianeischen Erlasse diese Phrase als technische aufzufassen, so darf es wohl im vorliegenden Falle gestattet sein. Denn sie erhalten eine nähere Erklärung durch den voraufgegangenen Satz: — si appellator semel in judicium venerit. Es ist aber gezeigt worden, dass nicht nothwendiger Weise an diesem ersten Tage nach dem einmaligen Erscheinen des Appellanten auch die Rechtfertigung vorgenommen werden musste, dass sie vielmehr auch später erfolgen konnte. Wollte man also „causas proponere“ als „Rechtfertigung der Appellation“ nehmen, so hätte dieser erste vorangestellte Satz gar keinen Sinn.

Aber auch der von den meisten Schriftstellern angenommenen (I.) Ansicht, dass die Gemeinschaft der Appellation schon mit der Einführung im Römischen Recht begonnen habe, kann ich mich nicht anschliessen. Linde, welcher diese Meinung hauptsächlich verficht, folgert sie zunächst aus dem Gang des damaligen Verfahrens, legt das ganze Gewicht auf das einmalige Erscheinen des Appellanten vor Gericht, und behauptet, dass causas proponere nichts weiter heisst, „als seine Appellations-Angelegenheit vorbringen, in welcher Bedeutung Justinian dieselben Worte in §. 1. desselben Gesetzes offenbar gebraucht“[39]). Ueberhaupt sei es nach Römischem Recht gar nicht wesentlich gewesen, bestimmte Appellations-Beschwerden aufzustellen. Für diese letzte Behauptung hat Linde kein Quellenzeugniss angeführt[40]), ebenso wenig wie Sintenis, der gerade die entgegengesetzte Ansicht annimmt[41]). Unrichtig ist vor Allem die Be-

---

37) L. 8. C. 7, 62.

38) L. 39. §. 1. C. 7, 62.

39) Linde II. S. 249. Ihm schliesst sich völlig an Schmid, Handb. a. a. O., und Linde's Zeitschrift, N. F. IV. S. 36.

40) Rechtsmittel II. S. 47 Not. 1 stützt er sich auf L. 3, 13. D. 49, 1., worüber unten. Dagegen handelt er ausführlich in der Zeitschr. f. Civ. R. und Pr. Bd. 9. S. 311—322.

41) Erl. I. S. 449 a. E.

ziehung Linde's auf L. 39. §. 1. cit.; hier braucht der Gesetzgeber nicht denselben Ausdruck, sondern bedient sich der Worte „causas provocationis explanare"; dass diese aber nicht bloss „seine Appellations-Angelegenheit vorbringen" bedeuten, sondern im Gegentheil die Erörterung und Rechtfertigung in sich schliessen, zeigt der ganze Inhalt des §. 1., der sich gegen die zu umfangreichen Schriftsätze der Parteien und ihrer Anwälte richtet. Nach Linde wären die Worte „causas proposuerit" ganz überflüssig, wenn der Zeitpunkt der Appellations-Gemeinschaft schon in das Erscheinen des Appellanten vor Gericht fiele. Was aber die Frage nach Aufstellung bestimmter Beschwerdepunkte oder die Angabe gewisser Beschwerdegründe betrifft, so bestimmt L. 3. §. 3. D. 49, 1: Quid ergo, si causam appellandi certam dixerit? an liceat ei discedere ab hac et aliam causam allegare, an vero quasi forma quadam obstrictus sit? Puto tamen, quum semel provocaverit, esse ei facultatem, in agendo etiam aliam causam provocationis reddere, persequique provocationem suam, quibuscunque modis potuerit.

Und L. 13. D. eod.: Appellanti nihil obesse, quod in libellis a qua parte sententiae appellaret, non significavit §. 1. Non solere improbari appellationes eorum, qui vel unam causam appellandi probabilem habuerunt.

In L. 3. §. 3. D. cit. ist causa sicherlich — wie schon aus allegare hervorgeht — nur Beschwerde**grund**. Mit diesem darf gewechselt und die Appellation auf jegliche Weise durchgeführt werden[42]). Grössere Bedenken erregt aber L. 13. cit., auf welche anscheinend Linde seine Behauptung begründet, dass die Angabe der Beschwerde**punkte** nicht nöthig gewesen sei. Betrachtet man nämlich den §. 1. als die Motivirung des Principium, so

[42]) Gegen Zimmern, S. 512 Not. 14, welcher hier causa als Beschwerde überhaupt, d. h. auch als Beschwerde**punkt** nimmt, schon Bethmann-Höllweg, S. 355 Not. 2, und bes. Sintenis, Erl. I. S. 429 Not. 1. 430. Linde, Zeitschr. Bd. 9. S. 316 f., beruft sich für seine Ansicht auf den immerhin schwachen Grund, dass die einzelnen Theile dieser Stelle bei Ulpian in unmittelbarem Zusammenhang standen und causa appellationis sich auf die Interposition bezieht. Ueber L. 17. D. 49, 1. siehe Heffter, Inst. S. 495. Linde a. a. O. S. 319.

könnte es den Anschein haben, als ob causa „Beschwerdepunkt“ bedeute: Es solle nicht schaden, den Theil des Urtheils, von welchem man appellire, nicht angegeben zu haben, denn auch wer nur Einen Beschwerdepunkt habe, pflege mit der Appellation nicht abgewiesen zu werden. Allein ein solcher Zusammenhang zwischen Principium und §. 1. ist in der That nicht vorhanden. Ersteres spricht von libelli; es solle nicht schaden, wenn in diesen der Umfang der Appellation nicht angegeben ist. Diese sind aber nichts Anderes, als die libelli appellatorii, d. h. die Einwendungsschrift der Appellation, welche bei dem Unterrichter eingereicht wird. Hierzu genügte ja schon das blosse Wort „appello“ bei Schluss der mündlichen Verhandlung[43]), und dies wird nach unserem Fragment auch auf die Schrift ausgedehnt, vorausgesetzt natürlich, dass ersichtlich ist, worauf sie sich bezieht[44]). Vor dem Oberrichter selbst war, wie erwähnt und auch von Linde zugestanden ist, die Verhandlung mündlich, eine Einführungs- oder Rechtfertigungsschrift gab es nicht, denn die libelli refutatorii sind nur eine Eigenthümlichkeit der sog. Consultation an den Kaiser[45]). Mit dieser Erklärung aber fällt auch §. 1., der dann von so allgemeiner Bedeutung ist, dass er nicht mehr zur Stütze der Linde'schen Ansicht dienen kann.

Nach dem Gange des damaligen völlig mündlichen Appellations-Verfahrens scheint die Angabe bestimmter Beschwerdepunkte nicht vorhanden gewesen zu sein. Bis zum Erlass von C. 39. cit. möchte auch ich dies zugeben. Die Einführung begann mit formloser Auseinandersetzung der Sache, und es ist natürlich, dass bei dieser mündlichen Verhandlung der Richter durch Zwischenfragen eingriff, unzulässige Beschwerdepunkte sofort dem Appellanten zum Bewusstsein brachte, ihn zum Aufgeben derselben veranlasste, jeden Punkt einzeln erörterte und bei jedem dem Appellaten zu seinen Einwendungen Gelegenheit gab, ähnlich wie heut im französischen Process bei dem Ueberwiegen der

---

43) L. 2. D. 49, 1.
44) L. 1. §. 4. D. 49, 1.
45) Bethmann-Hollweg, S. 333, Text zu Not. 54. Zimmern, S. 523, 524.

Mündlichkeit auch das Verhandlungsprincip nicht streng durchgeführt ist[46]).

Dieses formlose Verhandeln vor dem Oberrichter, bei welchem die Grenze, wo die Einführung aufhörte und die Rechtfertigung anfing, in den seltensten Fällen erkennbar sein konnte, durfte nur so lange gelten, als die Appellation für den angegriffenen Theil ohne positive Wirkung war. Sie bestand damals mehr in einem Verfahren zwischen Appellant und Richter, als zwischen den Parteien selbst. Es kam gar nicht darauf an, wann der Appellat gehört wurde. Erst als durch die gedachte Verordnung die Appellation auch für den Appellaten ein Recht auf ein günstigeres Urtheil begründete, war es nothwendig, für den Eintritt dieses Rechts einen festen Zeitpunkt aufzustellen, der bisher gänzlich gefehlt hat. Dies war um so wichtiger, als mit dieser Frage auch noch die andere in Betreff des Verzichts auf das Rechtsmittel zusammenhängt. Justinian hat nun diesen Zeitpunkt fixirt, er tritt nach Einführung der Appellation bei dem Oberrichter mit der Aufstellung der Beschwerdepunkte durch den Appellanten ein: si appellator semel in judicium venerit et causas appellationis proposuerit.

Das Ergebniss meiner Untersuchung ist also, dass ich mich der oben sub II. angeführten Ansicht, für die ich eine Begründung bisher nicht gefunden habe, anschliesse.

§. 3.

Der Umfang der Appellations-Gemeinschaft.

Da nach Römischem Recht die Appellation nur gegen Endurtheile zulässig war[1]), so ist die Möglichkeit, dass ein Erkenntniss für beide Theile beschwerend ist, in verschiedener Weise denkbar. Nach Mehlen's[2]) Vorgang, der dieselbe genau erörterte

---

46) Sintenis, Erl. I. S. 425—427.

1) Wetzell, S. 589. Arnold, im Arch. 28. S. 76. Renaud, S. 484. Linde, I. S. 78 ff. Bethmann-Hollweg, I. S. 251 ff. u. A. Mittermaier, Arch. VII. S. 94. Es giebt jedoch auch Ausnahmen, Renaud, Not. 2.

2) §. 14. S. 28—31.

und dem sich die übrigen Schriftsteller anschliessen[3]), sind folgende Fälle denkbar:

1) dass das Urtheil nur Einen Punkt enthält und darin der Richter mit der Absolution oder Condemnation noch die Auflage einer Caution verband oder den Verklagten nur ab instantia freisprach oder theilweise verurtheilte und hinsichtlich des andern Theils freisprach bezw. den Kläger abwies[4]);
2) dass das Urtheil mehrere Punkte zusammenfässt und jede Partei sich in einem andern beschwert fühlt, wobei wiederum diese Punkte in einem solchen Zusammenhang (connexa) stehen, (sei es, weil es zwei Hauptpunkte oder der eine Nebenpunkt des andern ist), dass sie wegen dieser Verbindung als eine Einheit angesehen werden und die Entscheidung über beide eine gleiche sein muss. Endlich aber kann auch das Urtheil verschiedene ausser jedem Zusammenhang stehende Punkte enthalten, wie dies bei der Klagecumulation vorhanden ist und wovon vielleicht L. 17. pr. D. 49, 1. ein Beispiel giebt.

Es fragt sich, ob in allen diesen Fällen die Appellation der Art gemeinschaftlich wird, dass der Appellat stets seine Beschwerde vorbringen und Abänderung derselben erhoffen darf, auch wenn sie mit denen des Gegners keine Berührung haben und gänzlich davon verschieden sind. Schon die älteren Juristen, welche sich mit diesem Gegenstand beschäftigten, wie Textor[5]) und Pütter[6]), nehmen keinen Anstand, diese Frage zu bejahen, weil der Inhalt von L. 39. cit. so allgemein laute, dass eine Einschränkung unzulässig sei, ferner die Billigkeit für diese Auslegung spreche und endlich die Berufung auf die oben besprochene L. 29. §. 1. D. de minor[7]) keine analoge Anwendung finden dürfe, indem die i. i. r. ausnahmsweise (jure singulari) nur dem minor

---

3) Linde, II. S. 265 f. Wetzell, S 589 f. Schmid, Handb. III. S. 457 ff.
4) Wetzell, S. 589.
5) De benef. adh. app. §§. 15. u. 17. bei Pütter, Op. S. 491.
6) Pütter, a. a. O. C. 1. §. 18.
7) S. oben S. 18.

gewährt werde, nicht aber, wie die Appellation, beiden Theilen gemeinsam sei. Auf jenen allgemeinen Inhalt der Constitution bezieht sich auch Mehlen[8]), und ihm schliesst sich die Mehrheit an[9]). Für diese ausgedehntere Auslegung werden in Kürze noch folgende Gründe geltend gemacht:

1) Bei einmal eingelegter Appellation werde nach Römischem Recht das ganze Urtheil von der Rechtskraft suspendirt, die ganze Sache an den Oberrichter devolvirt, der unabhängig von den Anträgen der Parteien die Sache nach dem thatsächlichen Stoff, wie er in erster Instanz vorgelegen, zu beurtheilen habe;
2) Justinians Fürsorge für den Appellaten wäre vergeblich, wollte man seine Beschwerden nur auf dieselben des Gegners beschränken, denn dieser hätte es dann in seiner Gewalt, den Umfang der Appellations-Gemeinschaft zu bestimmen, und gerade für diejenigen Appellaten habe Justinian sorgen wollen, die eine selbstständige Appellation unterlassen hätten;
3) es liege auch bei einem mehrere Punkte enthaltenden Urtheil nur ein Rechtsstreit vor.

Dagegen ist von anderer Seite bemerkt worden, dass ein beschränkter Angriff auch einen beschränkten Erfolg haben müsse[10]), dass das Urtheil hinsichtlich der nicht gerügten Beschwerden in Rechtskraft übergehe, die Appellations-Gemeinschaft stets eine Appellation voraussetze, diese aber in Betreff der nicht angegriffenen Punkte auch nicht vorhanden sei.

Endlich sei auch der Wortlaut der Constitution kein so all-

---

8) a. a. O. S. 30.

9) Linde, Archiv 19. S. 498—506. Rechtsmittel, II. S. 270. Zeitschrift für Civ. R. u. Pr. Bd. 9. S. 333. Mittermaier, Arch. VII. S. 92 f. Heffter, Syst. S. 549. Reinhardt, II. §. 335. S. 281. Schmid, Handb. III. S. 458—460. Zeitschr. f. Civ. R. u. Pr. N. F. IV. S. 36 ff. Wetzell, S. 590. Bayer, S. 1065. Renaud, S. 522 Not. 24. Endemann, S. 914 Not. 17.

10) Stryk, Diss. p. 1347: limitata causa non nisi limitatum producat effectum. Er bezieht sich hierfür auf L. 16. D. 41, 1. der vom ager limitatus handelt, und diesen von der Alluvion ausschliesst! Lauterbach, Coll. Pand. Theor. Prct. Bd. 3. S. 1254. Lib. 49. Tit. 7. §. 7.

gemeiner, denn wenn er zwar keine Beschränkung auf die vom Appellanten vorgebrachten Punkte enthalte, so erlaube er doch auch keine Ausdehnung. Die Appellations-Gemeinschaft ist nach dieser Ansicht nur auf die gerügten Beschwerden bezw. auf solche Punkte zu beschränken, die mit dieser in einem unzertrennbaren Zusammenhang stehen[11]).

Die Entscheidung für die eine oder die andere Ansicht ist sicherlich von der Frage abhängig, ob nach Römischem Process durch die Appellation das ganze Urtheil von der Rechtskraft suspendirt wurde, oder die nicht angegriffenen Punkte in Rechtskraft übergingen.

Aber auch für die Lösung dieser Frage geben unsere Quellen kein klares Bild.

Die Verfechter der ersten Ansicht stützen sich auf L. 2. u. 3. D. 49, 1. L. 6. C. 7, 62. L. 17. pr. D. 49, 1. L. un. §. 5. D. 49, 7. und L. 29. §. 5. D. 4, 4.[12]), die der entgegengesetzten auf L. 10. §§. 1. 4. L. 13. pr. D. 49, 1. L. 10. C. 7, 64. L. un. C. 7, 70.[13]).

Dieselben liefern aber um so weniger ein Resultat, als bald in ihnen die Appellation gegen das ganze Urtheil vorausgesetzt wird[14]), bald diese Folgerung aus einem höchst zweifelhaften Argumentum e contrario gezogen wird (L. 17. pr. D. 49, 1.)[15]), bald Bestimmungen aus dem von Nützlichkeitsgründen gerade in der römischen Kaiserzeit so sehr beeinflussten Strafrecht herangezogen werden (L. un. §. 5. D. 49, 7.), bald gewissen Worten

---

11) Gönner, III. 156 f. Grolmann, Theorie der ger. Verf. §. 211. Gensler, II. 121. Arnold, im Arch. Bd. 28. S. 81, dieser zieht wiederum L. 29. §. 1. D. de min. heran. Osterloh, II. S. 193. v. d. Nehmer, Entscheidungen II. S. 7. Sartorius, Arch. Bd. 31. S. 341 ff. Sintenis schliesst sich hinsichtlich des Wortlautes der ersten Meinung an, kommt aber nach dem Geist des Röm. Processes zu demselben Resultat wie die zweite. Erläut. I. S. 423, 430, 448. Martin, Vorles. S. 375.

12) Linde, Zeitschr. f. Civ. R. und Pr. Bd. 9. S. 314—322.

13) Sintenis, Erl. I. S. 440—442. Sartorius, S 342 f.

14) Sintenis, S. 440.

15) Linde, a. a. O. S. 319. Dasselbe von der entgegengesetzten Seite hinsichtlich L. 10. §. 1. D. 49, 1. Sartorius, a. a O. S. 342. Sintenis, S. 440.

(so „capitulis“ in L. un. C. 7, 70.) eine höchst zweifelhafte technische Bedeutung beigelegt wird.

Für meine Aufgabe ist jedoch dieser Punkt von nur geringer Bedeutung, denn selbst diejenigen, welche für das Römische Recht die völlige Suspension der Rechtskraft bei einmal eingelegter Appellation behaupten und diesen Satz auch durch die Reichsprocessgesetze für bestätigt erachten, geben doch zu, dass schon die Praxis des Reichskammergerichts und die Theorie „im grellsten Widerspruch mit den Gesetzen“ Rechtskraft für alle Theile des Urtheils behauptete, gegen welche nicht speciell gravaminirt war[16]).

Auch der Wortlaut von L. 39. cit. giebt keinen genügenden Aufschluss. Gegen Gönner, welcher die Gemeinschaft der Appellation nur auf die nicht rechtskräftigen Punkte beschränken will, wendet Linde nicht mit Unrecht ein, dass gerade die Worte: „si quid judicatis opponere maluerit“ auf das Gegentheil deuten. Andererseits aber könnte wiederum meines Erachtens die erste Ansicht dadurch eine Stütze erhalten, dass Appellant bestimmte Beschwerdegründe aufstellen sollte. Sowie durch sie der Anfangspunkt der Appellations-Gemeinschaft bestimmt werden sollte, so hat vielleicht dadurch der Gesetzgeber auch ihren Umfang angeben wollen.

Je weniger sich also aus dem Römischen Recht ein sicheres Ergebniss gewinnen lässt, um so mehr war die Praxis berechtigt — wie dies unten gezeigt wird — einen eigenen Weg unbeirrt einzuschlagen.

§. 4.

Die Anwesenheit und Abwesenheit des Appellaten.

Nach Einführung der Appellation bei dem Oberrichter und Aufstellung bestimmter Beschwerden durch den Appellanten verordnet Justinian, soll auch der anwesende Appellat, wenn er es vorzieht, Etwas gegen das erste Erkenntniss einzuwenden, dies

16) Linde, a. a. O. S. 331.

thun und des richterlichen Schutzes theiihaftig werden; ist aber Appellat abwesend, so soll der Richter von Amtswegen dessen Stelle vertreten.

Ueber die Auslegung dieser Anordnung ist wiederum Streit entstanden. Es fragt sich nämlich, ob Justinian dadurch einen Unterschied zwischen einem anwesenden und abwesenden Appellaten habe begründen oder beide in gleicher Weise behandeln wollen, sowie ferner, worin die vom Kaiser verordnete Amtsthätigkeit des Richters bestehe. Die gangbarsten Ansichten, welche hierüber aufgestellt wurden, sind folgende, deren charakteristischer Unterschied vorzugsweise darin besteht, dass die Einen das Gesetz ausdehnend, die Anderen aber mehr dem Wortlaut angemessen und einschränkend erklären:

I. Schon Stryk[1]) giebt dem Oberrichter die Befugniss, auch wenn der Appellat keinen Antrag stellte — was von seinem Belieben abhänge — das frühere Urtheil zu reformiren und zu seinen Gunsten abzuändern. Er meint, dass das Schweigen des Appellaten nur soweit als Anerkennung des ersten Erkenntnisses gelten dürfe, als auch der Gegner sich bei demselben beruhige, nicht aber auch für den Fall, dass Jener appellire, sowie ferner, dass die ganze Sache mit der Devolution auf den Richter übergehe, der verpflichtet sei, bei Abwesenheit des Appellaten aus den Acten zu ergänzen, was zu dessen Gunsten spreche: quoties enim contra absentem sententia potest definiri, toties judex supplere potest ea quae sunt facti“ [2]).

Batz [3]) lässt die Gemeinschaft der Appellation zwar von selbst eintreten, ob aber Appellat von diesem ihm erworbenen Recht Gebrauch machen wolle, dies hänge von seiner ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung ab, letztere bestehe in der An- und Ausführung seiner Beschwerden. Eine solche Handlung aber müsse vorhanden sein, da sonst ein Unterschied zwischen dem Recht und dem Gebrauch desselben nicht vorhanden sei. Eine

---

1) Diss. de comm. app. C. III. p. 1346.

2) Vgl. Stryk, introd. ad prax. for. C. 23. §. 19.

3) Abh. S. 266—270.

ausdrückliche Erklärung, sich der Appellation des Gegners ebenfalls bedienen zu wollen, werde von dem Gesetz nicht verlangt.

Am weitesten nach dieser Richtung geht Linde[4]). Nach seiner Ansicht sind die Bestimmungen des Gesetzes über Gegenwart und Abwesenheit wörtlich zu nehmen, im Uebrigen aber will er einen praktischen Unterschied zwischen Anwesenden und Abwesenden nicht machen; der Erstere sei nur befugt, seine Einwendungen gegen das Urtheil vorzubringen; aber die Zulässigkeit eines zu seinen Gunsten abzufassenden Erkenntnisses sei weder durch ausdrückliche noch durch stillschweigende Handlungen oder Anträge des Appellaten bedingt. Zur Zeit des Erlasses von C. 39. cit. sei im Process auf die Anwesenheit desselben gar nicht gerechnet, ihm sei nur freigestellt zu erscheinen, aber auch ohne seine Gegenwart wäre die Verhandlung fortgesetzt worden. Daraus, dass Justinian nur noch eine Aenderung des ersten Spruches zu Gunsten des Appellaten von Amtswegen angeordnet habe, folge keineswegs, dass der Abwesende besser als der Anwesende gestellt sein sollte. Klar werde durch den mit „nihilominus" beginnenden Gegensatz angezeigt, dass das Gesetz die amtliche Berücksichtigung des Abwesenden auch dem Anwesenden zu Theil werden lassen wolle. Das sei auch um so gerechtfertigter, als Letzterer durch seine Gegenwart sein Interesse an den Tag lege und sich Kosten und Mühe verursacht habe. „Das Gegentheil annehmen“, sagt Linde wörtlich, „heisst die Aufmerksamkeit strafen und die Gleichgültigkeit belohnen"[5]). Endlich enthalte das Gesetz kein Wort von jenen Erfordernissen und der Ausdruck „si judicatis opponere malueris" könne keineswegs dahin gedeutet werden, dass bestimmte Beschwerden gebildet oder Anträge gestellt werden müssten.

Andere Gründe, als die eben von Linde angeführten, sind von denjenigen Gelehrten, welche bereits früher die gleiche An-

---

4) Archiv Bd. 19. S. 493—497. Rechtsmittel II. S. 257—265.

5) Rechtsmittel II. 264.

sicht aufgestellt oder sich ihr später angeschlossen hatten, nicht vorgebracht worden[6]).

II. Dagegen ist ebenfalls schon in älterer Zeit die Meinung vertheidigt worden, dass der gegenwärtige Appellat eine ausdrückliche Erklärung über seinen Anschluss an die gegnerische Appellation abgeben müsse und man verhehlte sich dabei keineswegs, dass dadurch der abwesende Appellat rücksichtsvoller behandelt werde, als der anwesende[7]). Dasselbe scheint auch Almendingen anzunehmen, der sich zwar, wie Linde richtig bemerkt[8]), an zwei Stellen widerspricht, indem er einmal den Antrag des gegenwärtigen Appellaten für nothwendig[9]), später aber für überflüssig[10]) und die sogenannte accessorische Adhäsion für ein Wortspiel erklärt[11]). Nach Mühlenbruch ferner soll von dem Satz, dass jedes Rechtsmittel von dem Antrag dessen, der sich beschwert fühlt, bedingt sei, auch durch L. 39. keine Ausnahme begründet sein[12]). Der eifrigste Verfechter des Unterschiedes

---

6) Berg, a. a. O. S. 393. Mehlen, a. a. O. S. 25, 37, 38. Zimmern, III. 532. Heffter, Syst. §. 454. S. 549. Schmid, Handbuch III. S. 460—463. Zeitschr. f. C. R. u. Pr. N. F. IV. S. 46 - 48. (Letztere schreibt Linde fast wörtlich aus.) Sintenis, Erl. I. S. 423. Bayer, Vortr. S. 1064. Arnold, Arch. Bd. 28. S. 73 ff. 89. Mittermaier, Arch. VII. S 90, 94. Bethmann-Hollweg, III. 331. f. u. Not. 44. Wetzell, S. 589. 593.

7) Textor, Diss. de benef. adh., Heidelberg 1679, §. 24. in den Disp. acad. p. 571. Pütter, Opusc. XII. C. 1. §. 7. p. 484. Später auch Kind, Quaest. forens. III. C. 78. p. 344.

8) Rechtsmittel II. 262.

9) Metaphysik, S. 183.

10) a. a. O. S. 185.

11) a. a. O. S. 188.

12) Entwurf des gem. Civ. Pr. §. 383 c. S. 187. Eine solche Ausnahme will er jedoch in L. 42. D. 42, 1. finden: Paulus respondit: rescindere quidem sententiam suam praecedentem Praetorem non posse, reliqua autem, quae ad consequentiam quidem jam statutorum pertinent, priori tamen sententiae desunt, circa condemnandum reum vel absolvendum debere supplere, scilicet eodem die. Hiergegen ist einzuwenden:

1) dass die Stelle nichts darüber enthält, ob der Prätor diese Ergänzung ohne Antrag der Partei vornimmt;
2) dass von einem Rechtsmtttel nicht die Rede, vielmehr derselbe Richter auch entscheidet;

zwischen Anwesenheit und Abwesenheit des Appellaten ist jedoch Gönner[13]). Er erörtert diesen zunächst an den Worten des Gesetzes selbst

a) „si quid judicatis opponere maluerit“, drücken die Willkür des Appelaten aus, ob er das Urtheil anfechten wolle oder nicht;
b) „licentiam” deute auf eine Erlaubniss bezw. ein Recht hin, das auch verzichtbar sei;
c) „hoc facere” beweise, dass die Macht des Richters durch den Antrag bedingt sei; denn diese aussergewöhnliche Hilfe des Richters werde als ein Preis der besonderen Forderung (mereri judiciale praesidium) erklärt.

Aus der Natur der Sache begründet Gönner seine Ansicht damit, dass in der unterlassenen Erklärung ein Verzicht liege, auch der Oberrichter ohne Verlangen des Appellaten diesem Rechte nicht zusprechen dürfe und dass die von dem Gesetz für den Abwesenden ausnahmsweise getroffene Fürsorge nicht weiter ausgedehnt werden dürfe.

Dieser Ansicht schliessen sich noch Andere, grösstentheils mit Bezug auf die Gönner'sche Begründung an[14]).

III. Von der eben dargestellten Meinung weicht eine dritte in einem wichtigen Punkte ab. Sartorius[15]) nämlich legt auf die Worte des Gesetzes „partes ejus adimplere“ Gewicht. Im Fall der Anwesenheit könne Appellat gegen des Erkenntniss Gründe geltend machen, und wenn darauf der Oberrichter zu seinen Gunsten erkennt, so liege darin keine reformatio in pejus — die von Amtswegen geschehen müsse — sondern nur ein von Anträgen der Partei abhängiges Urtheil. Bei Abwesenheit des Appellaten dagegen sei der Richter nicht angewiesen, von Amtswegen für ihn das erste Erkenntniss abzuändern, sondern einzig

3) dass auch kein neues Erkenntniss ergeht, sondern vielmehr eine Art Declaration, zu deren Erlass sogar eine Appellation unnöthig war, L. 1. D. 49, 8. Vgl. Linde, Rechtsmittel, I. S. 32.

13) Handbuch III. XXXIV. S. 165—169.

14) Vorher noch Claproth, II. S. 616. Danz, §. 415. Grolmann, §. 211. Martin, §. 276. m. — Gensler, II. S. 121. Osterloh, II. 193 f. Reinhardt, II. §. 352. S. 278.

15) Archiv Bd. 31. S. 98 ff. 313 ff.

und allein dessen Stellvertretung zu übernehmen, d. h. das zu thun, was auch Appellat, wenn er anwesend, hätte thun können, nämlich: „aliquid judicatis opponere". Wie sonst in anderen Fällen[16]), so müsse auch hier der Richter die Einwendung des Appellaten vorbringen und protocolliren. Das auf Grund derselben gefällte reformatorische Urtheil sei also keine reformatio in pejus, wenn gleich das physische Individuum dasselbe sei, welches beide Handlungen — die Stellvertretung des Appellaten und das Erkenntniss — wahrnehme. Dieser Ausführung folgt auch Renaud[17]).

Prüfung der vorgetragenen Ansichten. Um eine Entscheidung der streitigen Frage zu fällen, wird es nothwendig sein, die Constitution nach ihrem Wortlaut, dem Zweck des Gesetzgebers und ihrer Stellung zu dem damaligen Verfahren zu prüfen.

a) nach ihrem Wortlaut.

Wenn gleich, was schon früher bemerkt worden ist, die Erklärung von Gesetzesworten in Justinianeischen Erlassen wegen der so oft vernachlässigten Technik nicht gerade von grossem Gewicht für die Auslegung sein kann, so darf man sich ihr doch nicht entziehen.

Beim ersten Anblick aber springt in die Augen, dass das Gesetz einen Unterschied zwischen an- und abwesenden Appellaten hat machen wollen. Sollten nämlich beide gleich behandelt d. h. ihr Interesse vom Richteramt berücksichtigt werden, so war es überhaupt nicht nöthig, die beiden Fälle in getrennten Sätzen zu erwähnen. Es hätte dann dem Willen des Gesetzgebers mehr entsprochen und wäre auch einfacher gewesen, als Princip die amtliche Vertretung des Appellaten durch den Richter auszusprechen und daran noch die Bemerkung zu knüpfen, dass übrigens dem anwesenden Appellaten freistehe, auch selbst seine

16) Sartorius, a. a. O. S. 315. Not. 5. L. 2. C. 7, 63. 1. f. — si — vel a praesente adversario vel etiam a judice si solus litigat appellator fuerit oppositum probatumque. Vgl. Bethmann-Hollweg, S. 332. Not. 44. L. un. C. ut quae des. adv. 2, 11. Hiergegen wendet sich Linde, Arch. Bd. 33. S. 161—166, welcher, ohne jedoch diese Stelle anders, als durch Berufung auf deren zeitig früheren Erlass zu widerlegen, in dem partes adimplere keine Wahrnehmung einer Parteihandlung, sondern einer richterlichen sehen will.

17) a. a. O., bes. S. 524.

Gegengründe und -Beschwerden gegen die erste Instanz vorzubringen, etwa:

Sancimus igitur, si appellator semel in judicium venerit, et causas appellationis suae proposuerit, judicem per suum vigorem partes adversarii adimplere, habere vero licentiam et illum, si quid judicatis opponere maluerit, si praesto fuerit, hoc facere, et judiciale mereri praesidium.

Allein nicht so lässt sich der Gesetzgeber vernehmen. Vielmehr soll die amtliche Berücksichtigung erst im Fall der Abwesenheit des Appellaten eintreten, der Anwesende bedarf keiner Vertretung, sondern kann und muss seine Rechte selbst wahrnehmen. Ich muss daher Sartorius beitreten, wenn er seine Meinung auf die Worte „partes adimplere" gründet. Stets bedeutet „partes" in unseren Quellen die „Parteirolle" im Process, den von Sartorius angeführten Synonymen „vicem subire" in L. 51. §. 1. D. 3, 3. und „vicem sustinere" in L. 9. pr. D. 2, 14. darf „partes obtinere" in §. 4. J. 4, 6. angereiht werden. Wird dem Richter die Vertretung einer Partei im Processe auferlegt, so kann sich dies, wie eben aus dem Princip der Stellvertretung folgt, nur auf eine abwesende beziehen und gerade dafür spricht auch L. 2. C. 7, 63. i. f. Wollte man endlich dem Oberrichter eine so weitgreifende Befugniss und einer Processpartei eine Vertretung durch das Richteramt selbst gewähren, so war ein Verhandeln in der höheren Instanz überhaupt unnöthig, es hätte genügt, die Acten und etwa noch die Rechtfertigungs- und Beantwortungsschriften dem Oberrichter einzuschicken und nun diesem die Entscheidung zu überlassen, ohne die weitläufige und kostspielige Zurüstung von Terminen und Verhandlungen anzuordnen.

b) nach dem Zweck des Gesetzgebers. Wie bereits bemerkt, ist derselbe im Principium angegeben. Der alte Rechtssatz, dass nur, wer selbstständig appellirt, auf eine Aenderung zu seinen Gunsten hat rechnen können, sollte geändert werden.

Wenn also jetzt Jemand sich für beschwert erachte, so solle er — was ihm vorher nicht gestattet war — vor dem zweiten Richter seine Beschwerden gegen das erste Urtheil vorbringen und dann auf eine Abänderung zu seinen Gunsten rechnen dürfen.

„Habere licentiam et adversarium ejus, si quid judicatis opponere maluerit, si praesto fuerit hoc facere et judiciale mereri praesidium" — diese Worte beziehen sich nicht darauf, dass der anwesende Appellat, wenn er wolle, sich vernehmen lassen könne, dass dies aber, da der Richter ihn doch von Amtswegen vertreten müsse, nicht nöthig sei — sondern sind vielmehr so zu deuten, dass durch die gegenwärtige Verordnung ihm die Möglichkeit (licentia) gewährt werde, selbstständige Beschwerden gegen das erste Erkenntniss vorzubringen, was er eben früher nicht hat thun dürfen. Est ist damit keine unumstössliche Regel aufgestellt, wonach der Appellationsrichter stets zu Gunsten des Appellaten reformiren könne, falls in erster Instänz nicht völlig seinen Anträgen entsprechend erkannt worden ist, sondern nur, dass diese Befugniss eintreten dürfe „si judicatis opponere maluerit". Denn nicht immer fühlt sich Appellat in einem solchen Fall beschwert, da ihn die Verhandlungen erster Instanz vielleicht über das Ungerechtfertigte seiner Mehrforderung — nicht bloss aus gesetzlichen, sondern auch aus moralischen Gründen — belehrt haben können. Wie wäre also der Gesetzgeber berechtigt, dem Appellaten Meinungen und Anträge unterzustellen, die er gar nicht hat und haben will? Ist also Appellat in der Verhandlung gegenwärtig, hört er, welche Angriffe sein Gegner vorbringt und schweigt doch zu Allem, so ist dies gewiss eine stillschweigende Erklärung, dass er selbst mit dem ersten Urtheil zufrieden sei. Selbst Linde hat Gönner nicht hinsichtlich dieses vermutheten Verzichts widerlegen können und der Einwand von Stryk, dass dieser nur für den Fall reiche, dass der Gegner nicht appellire, trifft nicht zu, denn man muss nach den Grundsätzen des Römischen Rechts annehmen, dass überall dort Schweigen als Zustimmung gilt, wo Sitte und Anstand eine Aeusserung verlangen und die Unterlassung eines Widerspruchs nach vernünftiger Leute Benehmen und Ermessen gar keine andere Deutung zulässt[18]). Es ist aber nicht anzunehmen, dass bei der eigenthümlichen von den Richtern und Fürsten gleich getheilten Auffassung der Appellation

18) Baron, Pandecten S. 134.

als eine Art Beleidigung gegen den Urtheilsfäller[19]) dem stillschweigenden Appellaten eine Beschwerde supponirt werden sollte.

Endlich herrscht unzweifelhaft darüber Einstimmigkeit, dass Justinian durch diese Verordnung eine Gleichheit unter den Parteien einführen wollte. War nun aber, wie ausdrücklich bestimmt ist, der Appellant zu der Thätigkeit des „causas appellationis proponere“ verpflichtet, so hiesse es wieder den Appellaten überaus begünstigen, wenn der Richter ohne irgend ein Zuthun des Anwesenden sein Interesse wahrnehmen sollte.

c) nach der Stellung zum Verfahren.

Richtig ist, dass nach dem Justinianeischen Process ein Erscheinen des Appellaten nicht erforderlich war, dass auch bei seinem Ausbleiben das Verfahren seinen weiteren Fortgang hatte. Daraus folgt aber noch nicht, dass der Anwesende in gleichem Grade wie der Abwesende behandelt und die Berücksichtigung, welche Diesem zu Theil wurde, auch Jenem gewährt werden sollte. Zunächst ist, wie bemerkt, eine Stellvertretung des Ersteren — und nur von dieser ist die Rede — nicht möglich; dass der Richter in einem solchen Falle aber Beistand sein soll, davon spricht das Gesetz nicht. Sodann aber trifft der von Linde[20]) angeführte Grund nicht zu. Denn immerhin ist der anwesende Appellant, der selbst seine Rechte vertreten und seine Beschwerde ausführen kann, ungleich besser gestellt, als der abwesende, welcher sich allein auf den Richter verlassen muss. Dieser aber kann seine Kenntnisse doch nur aus den — bei den Römern sehr dürftigen[21]) — Acten schöpfen, neue Thatsachen und Beweismittel, die vorgebracht werden konnten, sind also für den Abwesenden ausgeschlossen, dem Gegenwärtigen aber eröffnet.

Endlich aber muss ich auf einen Widerspruch aufmerksam machen, in welchem sich Linde offenbar befindet. Denn während er hier — wie oben angegeben — in L. 39. keinen Unterschied zwischen den anwesenden und abwesenden Appellaten finden will, giebt er in der Besprechung über die Entscheidung des Ober-

19) Siehe schon oben L. 10. C. 7, 64. Zimmern, III. 518.
20) Oben Not. 5.
21) Sintenis, Erl. I. 435.

richters auf bloss einseitiges Gehör folgendes Urtheil über die erwähnte Constitution: „Die Verordnung Ampliorum providentiam unterscheidet sehr bestimmt den anwesenden vom abwesenden Appellaten. Die gegenseitige Beschwerde des ersten soll der Richter im schliesslichen Urtheil nur auf sein Verlangen, die gegenseitige Beschwerde des abwesenden dagegen von Amtswegen berücksichtigen.“ (Rechtsmittel II., 139.) Dass hier ein allgemeines Urtheil über L. 39. enthalten ist und sich diese Auffassung keineswegs auf ein etwaiges Verfahren bei Ordinationen bezieht, ergiebt sich daraus, dass Linde die Möglichkeit eines solchen im Römischen Process ausdrücklich ausschliesst (Linde II., 103.). Ohne als vermessen zu erscheinen, möchte ich diesen Widerspruch nur daraus erklären, dass Linde in das Handbuch von den Rechtsmitteln wörtlich seinen im Archiv Bd. 19. gegebenen Aufsatz ohne Weiteres aufnahm und bei der Abfassung des Letzeren seine Ansicht über die Ordinationen noch nicht gebildet hatte, hinsichtlich dieser aber ganz der Meinung von Almendingen und dessen Urtheil über L. 39. cit. folgt.

Mit dieser von mir versuchten Widerlegung der ersten Ansicht ist aber auch zugleich eine Billigung der dritten enthalten. Anscheinend dürfte es gleichgiltig sein, ob das „partes adimplere“ nach Römischem Recht als eine Vertretung des Appellaten oder als eine Urtheilsfällung zu dessen Gunsten aufgefasst werde, da beides durch dieselbe Persönlichkeit geschieht [22]). Dass aber trotzdem ein principieller und practischer Unterschied vorhanden ist, zeigt die von mir gegebene Interpretation und wird sich besonders bei der Besprechung des gemeinen Rechts ergeben. Im Uebrigen darf ich mich auf die von Sartorius angeführten Gründe beziehen.

---

22) Linde, Arch. Bd. 33. S. 154.

§. 5.

Das Verhältniss der Rechte des Appellaten zu denen des Appellanten.

Bei der Berücksichtigung, welche die Justinianeische Gesetzgebung dem Appellaten zu Theil werden liess, dass — wie die Einen wollen — der Oberrichter ohne Beziehung auf seine Anträge stets oder doch — wie Andere meinen — im Fall seiner Abwesenheit sein Interesse wahrnehmen solle und daher auch über die Anträge hinaus erkennen dürfe, ist es erklärlich, dass die Frage aufgeworfen wurde, ob nicht auch dem Appellanten eine gleiche Wohlthat zu Theil werden dürfe.

Die Quellen selbst ergeben darüber keinen Aufschluss. Trotzdem ist die Beantwortung dieser Frage aus dem Zusammenhang mit der in den §§. 3. u. 4. gegebenen Darstellung versucht worden. Diejenigen Schriftsteller, welche auch für das Römische Recht die völlige Suspension der Rechtskraft durch die Einwendung der Appellation leugnen, den Oberrichter an die gravamina appellationis für gebunden erachten und nur, soweit diese vorhanden, die Gemeinschaft der Appellation eintreten lassen, verneinen natürlich die Befugniss des Richters, über die Anträge des Appellanten zu dessen Gunsten hinauszugehen [1]). Andere dagegen scheiden zunächst den Fall aus, dass Appellant das ganze erste Erkenntniss als beschwerend angriff, und gestatten in dieser Lage eine völlig freie Beurtheilung [2]). Aber auch die Zweifel, ob das Gleiche stattfinden dürfe, wenn Appellant nur einige Punkte angriff und einzelne Beschwerden aufstellte, widerlegen sie durch die Erwägung, dass durch die Interposition das ganze Urtheil von der Rechtskraft ausgeschlossen werde, ein Wechsel und Aendern der Beschwerden gestattet sei und die Gemeinschaft der Appellation gerade im Justinianeischen Recht die Eigenthüm-

---

1) Hoch, die Lehre von der accessor. Adhäsion etc. (ein mir trotz aller Bemühungen unzugängliches Buch) §. 3 bei Linde, II. S. 274.

2) Sintenis, Erl. I. S. 418.

lichkeit habe, dass nicht die Anträge der Parteien, sondern der Befund der Acten für das oberrichterliche Urtheil massgebend sei, und dass auch die Parteiengleichheit und die Beförderung des materiellen Rechts dasselbe erfordern [3]).

Soweit nun bei der Beurtheilung dieser Frage eine erneute Prüfung der andern von der Suspension der Rechtskraft und was damit im Zusammenhang steht, an mich herantritt, darf ich auf das im §. 3. Auseinandergesetzte verweisen, dessen Ergebniss eine Lösung der für das Römische Recht erwachsenen Bedenken nicht ergab.

Es lässt sich aber meines Erachtens auch noch ein anderer Gesichtspunkt gewinnen. Ich versuchte nachzuweisen, dass der in den Appellations-Verhandlungen gegenwärtige Appellat besondere Anträge auf Abänderung des Urtheils zu seinen Gunsten stellen müsse. Daraus folgt aber auch, dass der Richter an diese gebunden ist, und es findet sich weder in den Gesetzen eine Andeutung, noch lässt sich aus der Natur der Sache die Annahme rechtfertigen, dass ein Herausgehen über dieselbe gestattet sein soll. Aber selbst bei Abwesenheit des Appellaten soll jeder Richter nur diese Anträge statt seiner stellen, er ist also wiederum bei der Fällung des Spruches von diesen abhängig. Aehnlich ist es bei dem Appellanten. Dieser muss nach dem bisherigen Recht gegenwärtig sein und seine Beschwerden vorbringen; soll nun der Oberrichter ihm mehr, als verlangt, zusprechen, so würde nicht Appellat — wie Linde und Sintenis meinen — sondern Appellant der mehr Begünstigte sein.

Aus diesen Gründen wird es klar, weswegen der Kaiser hiervon gar nichts in seiner Verordnung erwähnte. Es sollte eben an den Rechten des Appellanten Nichts geändert und nur die des Appellaten zu jenen in ein gleiches Verhältniss gestellt werden.

---

[3]) Linde, Archiv 19. S. 505 f. Rechtsmittel, II. S. 273. Sintenis, I. 418. 424. Zu bemerken ist jedoch, dass Linde diese Ansicht mehr noch für das Novellenrecht ausspricht, vgl. II. S. 232.

§. 6.

Hindernisse der Appellations-Gemeinschaft.

Die positiven Erfordernisse der Appellations-Gemeinschaft haben sich aus der bisherigen Darstellung ergeben: da sie sich an das Rechtsmittel des Gegners anschliesst, so muss natürlich ein solches vorhanden, d. h. als zulässig vom Oberrichter anerkannt und bis zu dem Zeitpunkt nicht ausdrücklich oder stillschweigend wieder aufgegeben sein, an welchen das Gesetz die Appellations-Gemeinschaft knüpft.

Darüber, sowie dass vor diesem Zeitpunkt der Appellant durch Verzicht oder Desertion des Rechtsmittels auch dem Appellaten die Möglichkeit zur Gemeinschaft entziehe, dass nach diesem Zeitpunkt aber ein Handeln des Appellanten für den Appellaten ohne jede Wirkung ist, stimmen alle Schriftsteller überein[1]). Das ältere Römische Recht hatte zwar einen Verzicht auf die einmal interponirte Appellation verboten, allein dieses Verbot ist nach richtiger Meinung im Justinianeischen Recht weggefallen. (Linde, Rechtsmittel, II. 419 ff. Bayer, 4. 43. u. A. m.) Ueber die hier interessirende Frage hat Justinian in L. 5. §§. 4. u. 6. C. 7, 63. vom Jahre 529 die Entscheidung getroffen, dass nach Beginn der Appellations-Rechtfertigung durch den Appellanten Appellat das Verfahren einseitig fortsetzen dürfe, und dass ihm dieses Recht durch einen Verzicht des Ersteren nicht mehr entzogen werden könne, vielmehr das Verfahren nur noch durch einen schriftlichen

---

[1]) Tuldurus Diodorus, Lib. VII. Tit. 62. N. 8. p. 519. Mynsinger, Cent. II. Obs. 21. p. 96. Gaill, I. Obs. 122. No. 3. p. 213. Mevius, V. D. 215. p. 589. Pufendorf, IV. Obs. 34. S. 72. Pütter, Opuscul. C. 1. §§. 10. 11. p. 486. Lauterbach, Lib. 49. Tit. 1. §. 13. (Bd. 3. S. 1206) und Lib. 49. Tit. 7. §. 7. (Bd. I, S. 1254). Stryk, Intr. ad pr. C. 23. §. 19. p. 183; Diss. C. III. p. 1345 f. Berg, S. 393. Kind, III. C. 78. p. 345 f. Mehlen, §. 21. p. 39 f. Danz, S. 605. Grolmann, §. 211. S. 339. Biener, Syst. II. §. 178. Martin, Vorl. S. 375. Gensler, II. 131. Gönner, III. 158. 164. Reinhardt, II. §. 355. S. 281. Almendingen, S. 168. Osterloh, II. 193. Batz, S. 243. Jordan, in Weiske R. L. I. S. 120. Schmid, Handb. III. S. 450. Zeitschr. N. F. IV. S. 46, 50. Heffter, Syst. S. 550. Linde, Arch. 19, 480 ff. Rechtsmittel, II. 244 f. 248. Sintenis, I. 466. Wetzell, S. 589. Renaud, S. 521. Endemann, S. 914. Arch. 28. S. 95 (Arnold).

Verzicht beider Theile in seinem Fortgang aufgehalten werden solle. Dieser Verordnung ist nach Erlass von L. 36. C. cit. um so mehr Geltung beizulegen, als das Interesse des Appellaten jetzt ein grösseres ist, da es nicht bloss auf Bestätigung des ersten Urtheils, sondern auch auf Abänderung desselben zu seinen Gunsten geht. (Vgl. Linde, I. 422. und die Not. 9 genannten Schriftsteller. Bayer, Vortr. S. 444.) Weniger ausführlich sind die sogenannten negativen Erfordernisse behandelt, d. h. solche, deren Abwesenheit verlangt wird, weil sie sonst die Appellations-Gemeinschaft verhindern. Es werden angeführt:

a) Verzicht des Appellaten auf die selbstständig ergriffene Appellation;
b) Desertion der vom Appellaten ergriffenen Appellation;
c) Anfechtung der Formalien durch den Appellaten.

Gemeinsam ist allen diesen Fragen, dass die Quellen uns dabei völlig im Stich lassen und wir einzig und allein auf abstracte Deductionen angewiesen sind.

Ad a. und b. Da Justinian das Recht des Appellaten, selbstständig zu appelliren, nicht aufgehoben hat, so ist die Frage, ob in dem Verzicht bezw. Desertion der selbstständig ergriffenen Appellation auch ein solcher auf die Gemeinschaft derselben liege, berechtigt.

Biener[2]) und Grolmann[3]) verneinen dieselbe; Ersterer begründet seine Ansicht damit, dass Justinian den Parteien nur die Wahl gegeben habe, entweder selbst zu appelliren oder sich der Appellation des Gegners anzuschliessen, eine Häufung beider Wege aber unzulässig sei. Hieraus folgert er nun, dass durch Verzicht oder Desertion des selbstständigen Rechtsmittels der Anschluss an das gegnerische unmöglich sei. Hiergegen hat sich besonders Linde gewandt[4]); er unterscheidet zwischen Verzicht

---

[2]) System pr. ed. 3. II. §. 178.

[3]) Grolmann, §. 211. S. 40. Not. 5.

[4]) Archiv 19, 488—493. Rechtsmittel, I. 449 f. II. 255. Ihm schliessen sich ausdrücklich an: Sintenis, I. 423. Schmid, Handb. III. 463. Zeitschr. N. F. 48—50. Renaud, 522. Wetzell, S. 589 Not. 58, legt Linde unbegreiflicher Weise die entgegengesetzte Meinung unter.

und Desertion. Hinsichtlich des ersteren führt er aus, dass zwar Appellat auf die Wohlthaten der Appellations-Gemeinschaft verzichten könne, dass aber ein solcher in dem Verzicht auf eine selbst ergriffene Appellation nicht liege. Gerade solchen, die nicht selbst appellirt hätten, wolle Justinian Hülfe gewähren, und diese seien ja in der Lage eines Verzichtenden. Ferner werde aber ein im Nichthandeln liegender Verzicht dadurch ausgeschlossen, dass der Richter von Amtswegen angewiesen, des Nichthandelnden partes adimplere. Trotzdem müsse ein Verzicht angenommen werden, wenn sich derselbe nach den ausdrücklichen Erklärungen oder concludenten Handlungen gerade auf die Appellations-Gemeinschaft beziehe. Zwar liege ein solcher nicht in der Bitte um Vollstreckung des Urtheils — denn diese sei nur in der Erwartung, dass auch der Gegner sich bei demselben beruhige, gestellt[5]) — wohl aber könne Appellat, der auf die in der selbstständigen Appellation einzeln aufgestellten Beschwerden verzichtete, wegen solcher nicht mehr dem Rechtsmittel des Gegners sich anschliessen; dagegen müsse ihm dieser Anschluss gewährt werden, wenn er unter Vorbehalt des Anschlusses auf seine Appellation verzichtete[6]). Andere Grundsätze befolgt Linde bei der Desertion. Hier hat Hoch[7]) folgende Unterscheidungen aufgestellt:

1) die desert gewordene Hauptappellation berührt andere Punkte, als diejenigen sind, wegen welcher Appellat sich dem Rechtsmittel des Gegners anschliessen will;
2) es sind ganz oder zum Theil die nämlichen Beschwerden. Im ersteren Fall soll die Adhäsion gestattet sein, im letzteren nicht, da durch die Desertion auf diese verzichtet worden sei. Ist endlich
3) die Hauptappellation ganz allgemein gewesen, so ist jeder fernere Anschluss des Appellaten unmöglich.

Gegen diese Unterscheidungen erklärt sich Linde ausdrücklich. Er will denjenigen, der seine Appellation desert werden

[5]) a. a. O. II. S. 254.
[6]) a. a. O. I. 452.
[7]) §. 60. bei Linde S. 256.

liess, nicht schlechter behandelt wissen, als denjenigen, der gar nicht appellirte und für welchen Justinian durch das Richteramt sorgte. Ersterer sei sogar noch aufmerksamer gewesen, als Letzterer, und gerade denjenigen solle das Gesetz zu Gute kommen, die bei aller Aufmerksamkeit doch einen Nachtheil erlitten hätten. Es sei überhaupt irrig, in der Desertion einen Verzicht anzunehmen, und so wenig die des Ersteren unnachtheilig sei, so wenig dürfe es auch ohne ein ausdrückliches Gesetz die des Letzteren werden.

Ich glaube, der Ansicht von Linde, wenn gleich nicht immer aus denselben Gründen, beizutreten. Der Verzicht auf die selbstständig ergriffene Appellation und die Desertion derselben würden meines Erachtens nur dann als auch auf die Appellations-Gemeinschaft gerichtet angesehen werden dürfen, wenn nicht gerade ausdrücklich Justinian verordnet hätte, dass der Richter die Stellvertretung des abwesenden Appellaten, d. h. eines solchen, der gar nicht thätig eingriff, übernehmen sollte. Es sind aber gerade deswegen Fälle denkbar, in denen nach später gewonnener Einsicht sich Appellat lieber auf diese richterliche Hilfe, als auf seine eigene Ausführung und Wahrnehmung der Gerechtsame verlassen will. Weiss er z. B., dass auch der Gegner appellirt hatte, und hat er selbst keine neuen Thatsachen und Beweismittel mehr anzuführen, so ist eine weitere Verfolgung seines selbstständigen Rechtsmittels gar nicht nöthig. Andererseits aber sind auch Umstände denkbar, bei welchen aus Verzicht oder Desertion der eigenen Appellation sehr wohl auch ein gleicher auf die Gemeinschaft derselben überhaupt bezogen werden muss, so z. B. wenn Appellat erklärt, dass er eine andere Ueberzeugung von seinem Recht gewonnen oder dass er irrthümlicher Weise überhaupt einen solchen Anspruch gestellt habe.

Eine allgemeine Regel lässt sich also — wie dies Hoch thut — nicht aufstellen; es muss vielmehr der Umfang des Verzichts und der Desertion in jedem einzelnen Falle dem richterlichen Ermessen unterstellt werden.

Ad c. In gleicher Weise und von demselben Gesichtspunkte ist auch die Frage zu beantworten, ob in der durch den Appel-

laten geschehenen Anfechtung der Formalien ein Verzicht auf die Wohlthat der Appellations-Gemeinschaft liegt. Auch hier erklärt sich Linde[8]) gegen die von Hoch gemachten Unterscheidungen, ob Appellat um Zulassung zu jener nur eventuell oder unbedingt zugleich mit dem Antrag auf Desertionserklärung[9]) gebeten habe[10]).

In der That ist zu berücksichtigen, dass ein solcher Antrag überflüssig ist — denn der Oberrichter hat schon von Amtswegen die Beobachtung der Formalien zu wahren — und ohne Hinzutreten anderer Umstände nur den Sinn haben kann, dass Appellat zunächst eine Bestätigung des ersten Spruches wünscht; dass aber, wenn der Appellationsrichter diesen Antrag nicht berücksichtigen darf, sondern in die Verhandlung der Sache eintritt, damit Appellat zugleich auch auf die ihm gesetzlich zugesicherten Rechte habe verzichten wollen, darf keineswegs angenommen werden. Zwar setzt die Gemeinschaft der Appellation voraus, dass diese zulässig sei, nicht aber auch, dass sie Appellat als solche anerkenne[11]).

C.

Die Stellung der Rechtsmittel-Gemeinschaft im Novellenrecht.

§. 1.

Nov. 49. pr. C. 1. (v. J. 536 oder 537)[1]).

Es bleibt für das Römische Recht noch die Untersuchung übrig, ob die bisher vorgetragene Lehre durch das Novellenrecht abgeändert sei. Voraufbemerkt muss aber werden, dass sich hier

---

8) a. a. O. S. 255.

9) Dass auch nach Justinianeischem Recht ein solcher Antrag möglich war, beweist u. A. auch L. 2. i. f. C. 7, 63.

10) S. 44 f. bei Linde a. a. O.

11) So auch Schmid, Handb. III. 465.

1) Der griechische Originaltext fehlt, die angegebene Zeit vermuthet Böcking, Institut. I. S. 75.

nur Bestimmungen über die Appellations-Gemeinschaft finden, sowie dass auch diese weit weniger in der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis (besonders der älteren) Berücksichtigung erfahren haben, als die grundlegende L. 39. C. cit. — vielleicht schon — wenn auch nur negativ — ein Beweis, dass man deren Inhalt auch durch das neueste Römische Recht nicht für geändert ansah.

Aus Nov. 49. sind die einschlagenden Sätze folgende:

Praefatio — Scimus enim nos id quod male et dolose in appellationibus factum est, nuper correxisse, quoniam appellantes eo solum contenti, ut appellationem in judicio interponerent, et semel personam sistentes sive altera parte absente sive etiam causa cognita (id enim perinde est) causam deserebant et victori plane sine fine lis erat, quum neque judicatis propter appellationem frui neque propter absentiam appellantis efficere possit, ut de appellatione cognosceretur §. 1. Haec nuper lata lege correximus, illi, qui appellationem interponit, sive ipse solus, sive altera etiam pars praesens sit, annum praestituentes, intra quem litem peragat et jus suum obtineat, nec eam indecisam relinquat; deinde alium etiam annum ex humanitate adjecimus, si culpa judicis vel alia quadam inevitabili causa appellatio protrahatur, eoque clapso, si litem non finiverint, sancivimus, ut victori firma maneat sententia. Haec igitur nobis placuerunt et in communi lege scripta sunt, atque tam legem hanc quam observationem ejus valere volumus.

Im §. 2. entwickelt der Kaiser die entschuldbaren, in der Regel durch zu grosse Entfernung oder Naturereignisse hervorgerufenen Gründe, welche die Appellanten wegen ihrer Desertion anführen; um daher die Strenge des bisherigen Rechts abzuändern, verordnet Justinian in

Cap. I: Reliqua igitur dictae a nobis legis observatio, sicut ante diximus per omnia custodiatur. Si vero re vera inevitabile quid contingat, et qui causam appellationis agit non permaneat et licet eam die fatali introduxerit, non compareat, ac periculum sit, ne biennii tempus elabatur, tunc victori confirmetur sententia, quem ad modum prior nostra lex dicit, sed cum quadam limita-

tione, quam in praesenti[2]) adiicimus. Quum enim victoribus quidem auxilium tulerimus, nimium illud tempus contrahentes illis, qui appellant et constituto die appellationem introducunt, nec tamen certamen subire volunt, vel in medio etiam certamine illud deserunt, propterea exiguum quiddam victoribus auferentes, pulchre quod decet collineabimus. Volumus enim, ut ille, qui in causa vicit, si vere sententiam confirmari velit, non ex insidiis nec post tempus aliquod, sed cum ipsa rerum veritate, si causam deseratis, qui appellavit, compareat, et de hoc ipso conqueratur, desertoremque quaerat, et sive eum invenire poterit, sive is non appareat, jura sua in medium proferat, durante scilivet adhuc biennio, circa finem tamen ejus, ita ut unus fere mensis causae supersit. Et si quidem superior videatur, causa firma sit, si vero inferior in certamine evadat, et qui appellavit quique constituto die appellationem introduxit, non permaneat, causa secundum jura decidatur[3]), hoc solum addito, ut, etsi causa vincat, qui ante quoque vicerat, etsi in ea inferior sit, expensas ingressus post appellationem desertor illo omnino praestet.

Appellant soll stets die Kosten zahlen, selbstverständlich, wenn er unterliegt, aber auch im Fall des Sieges wegen seines Ausbleibens, und er mag Gott und dem Gesetze danken, dass er so gnädig fortkomme. Im weiteren Verlauf heisst es: Quod si tamen neuter, neque victor neque victus compareat, qui constituto etiam die appellationem introducens deinde abfuit, sententia victoris rata maneat, ceteraeque leges de appellationibus scriptae tum quoad terminos tum quoad reliqua firmae sint. Hanc enim legem expresse de iis ferimus qui, postquam die constituto appellationem introduxerunt, judicium deserunt, nihilque ex reliquis legibus aut temporibus appellationis neque abrogamus neque mutamus sed potius hoc etiam lege eas confirmamus.

Der Schluss (§. 1.) enthält eine Uebergangsbestimmung. Der Appellat, welcher bereits eine Bestätigung des ersten Erkenntnisses erlangt hat, soll bei seinem Recht geschützt werden. Die

2) A. L. praesentiarum.

3) A. L. (Vulgata): causam suscipiat ex jure decretum. Heffter, Instit. S. 472 Not. 87. Arnold, Arch. Bd. 28. S. 88 Not. 35.

neue Verordnung soll sich aber auf die noch schwebenden Processe, bei denen der 2 jährige Zeitraum noch nicht verlaufen ist, beziehen, so dass eine neue Untersuchung erfolgen muss und der Appellat sich nur dann seines Urtheils erfreuen kann, wenn er deren rechtsgiltige Erlangung und Entscheidung nachgewiesen hat[4]).

Justinian bezieht sich in der Novelle auf ein früheres Gesetz, wodurch er einige Böswilligkeiten und Chicanen der Appelanten beseitigt haben will. Diese konnten — wie er ausdrücklich hervorhebt — nach einmaliger Einführung der Appellation[5]) von dem weiteren Verfahren wegbleiben und dadurch den Gegner in die unangenehme Lage versetzen, eine Entscheidung nicht herbeiführen zu können. Wir ersehen somit, dass sich die Novelle auf L. 5. §. 4. C. 7, 63. bezieht, die in einem solchen Falle dem Appellaten den einseitigen Weiterbetrieb des Processes gestattet hatte[6]), welcher mit der Bestätigung des ersten Urtheils endete. Hierin sieht aber der Kaiser eine Härte, insofern der Appellant, trotzdem das Recht auf seiner Seite war und sein Ausbleiben ein entschuldigtes sein konnte (es wird ja eine Menge entschuldigter Fälle bestätigt), doch keine Aenderung seiner Beschwerde enthielt. In dieser Hinsicht (und nur in dieser, wie wiederholentlich eingeschärft wird) will der Kaiser eine Veränderung treffen und deshalb verordnet er:

1. Es soll nicht mehr wie früher durch den blossen Ablauf der zwei Jahre das erste Erkenntniss wieder aufleben, sondern

4) — Atque ita victores sententiis fruantur, qui eas se recte habere ostenderint. Abgesehen davon, dass in der ganzen Novelle mit victor der in erster Instanz siegende Appellat bezeichnet wird, deutet der Schlusssatz an, dass auch hier unter victor kein Anderer gemeint sein kann, denn nur der auch in zweiter Instanz siegende Appellat kann als ein solcher bezeichnet werden, welcher bewiesen hat, dass er eine richtige Entscheidung bereits habe. Unbegreiflich erscheint es mir daher, wenn Sartorius, a. a. O. S. 105, die Schlussworte besonders auf den Appellanten bezieht.

5) Der Kaiser spricht zwar von einer Einwendung (ut appellationem in judicio interponerent, ille, qui appellationem interponit), aber schon aus dem Ausdruck „causa cognita", sowie aus dem Cap. 1, in welchem stets von introductio die Rede ist, ergiebt sich, dass dieser Ausdruck ungenau und damit die Einführung der Appellation gemeint ist. Vgl. Sartorius a. a. O. S. 97 Not. 6.

6) Siehe oben B. §. 1. Text zu Not. 4.

wenn der Sieger in erster Instanz d. i. der Appellat die Bestätigung des erstrichterlichen Urtheils verlange, so müsse er innerhalb des zweijährigen Zeitraums, aber mindestens so, dass noch ein Monat übrig bleibe — offenbar, um dem Appellanten noch Zeit zu lassen[7]) — vor Gericht erscheinen, „contumaciam accusare“ (de hoc ipso conqueratur) und in jedem Fall — mag Appellant ausbleiben oder erscheinen — seine Gerechtsame auseinandersetzen. Beweise Appellat sein Recht, dann soll das erste Urtheil bestätigt, im Gegenfalle aber die Sache trotz Desertion des Appellanten gemäss dem Rechte entschieden werden (secundum jura decidatur).

2. Nur wenn nach der Einführung Niemand erscheint, soll das vorige Urtheil bei Kräften bleiben.

Es sei gestattet an der Hand dieser Bestimmungen, die sich aus der Appellations-Gemeinschaft ergebenden Sätze zu prüfen, um zu sehen, ob es richtig ist, wenn der Kaiser sagt, dass Nichts an den übrigen Gesetzen über die Appellation geändert werden sollte[8]) oder ob wirklich eine Modification von L. 39. cit. eintrat, wie viele Schriftsteller behaupten[9]).

a. Hinsichtlich des Zeitpunktes, in welchem die Appellations-Gemeinschaft begründet ist, so behaupteten diejenigen Schriftsteller, welche die Einführung als diesen aufstellen[10]), dass ihre Ansicht noch mehr durch das Novellenrecht bes. Nov. 49. C. 1. bestätigt werde. In der That spricht diese, wie wir gesehen

---

7) Die Analogie mit dem Verfahren erster Instanz, die in diesen Anordnungen liegt, hat Sartorius nachgewiesen; a. a. O. S. 102 f. Not. 1—5. cf. L. 13. §. 1. C. 3, 1.

8) So Sartorius, a. a. O. S. 107 f. 318—325. Renaud, S. 524. Bethmann-Hollweg, III. S. 332 giebt keine Entscheidung. Bayer, Vortr. 1067 lässt ebenfalls den Kern der Sache unentschieden, indem er sich vorzugsweise gegen die Ansicht Heffters, Inst. S. 472, 474, wendet, welcher hier behauptet hatte, dass im Römischen Recht eine sog. reform. i. pej. nicht vorhanden gewesen sei, diese Meinung aber nach den vielfältigen Angriffen von Linde, im Arch. 19, S. 475, Rechtsmittel, II. 237 f., Schmid, Zeitschr. N. F. IV. S. 43 Not. 24, Sartorius, a. a. O. 324. Not. 3 in dem System §. 454. Not. 126 wieder zurücknahm.

9) Arnold, Arch. Bd. 28. S. 88 ff. 96. Linde, Schmid (s. vorige Note und Bd. 33. S. 164 ff.). Sintenis, I. 423. 446 f. Osterloh, II. 192.

10) S. oben B. §. 2. Text zu Not. 1—4.

haben, nur von „Einführung". Allein es ist gezeigt worden, dass diese nach L. 39. cit. in einer besonderen Weise geschehen musste, nämlich in Verbindung mit der Aufstellung bestimmter Beschwerden. Wenn nun dieser Umstand, in der Nov. 49. übergangen wird, so folgt daraus noch keineswegs, dass er überhaupt nicht vorhanden war, oder durch diese neueste Verordnung aufgehoben werden sollte. Einerseits nämlich werde ich unten darzuthun suchen, dass die Novelle nur von einem solchen Appellaten handelt, der in erster Instanz siegte und die Bestätigung seines Urtheils verlangt. Justinian hatte daher keine Veranlassung, diese Introduction, welche nur bei dem Fall von L. 39. von Bedeutung ist, näher zu bezeichnen, ihm kam es nur darauf an, das in L. 5. §. 4. C. 7, 63. geschaffene Recht abzuändern. Andererseits aber schärft der Gesetzgeber eindringlich und zu wiederholten Malen ein, dass das frühere über das Rechtsmittel der Appellation gegebene Recht bestehen bleibe und nochmals durch die Novelle selbst bestätigt werde. Er erhält also die Bestimmung in L. 39. cit. nur neue Kraft; sie wird weder verändert noch erläutert.

b. Hinsichtlich des Umfanges der Appellations-Gemeinschaft giebt die Novelle keinen Aufschluss.

c. Sie stellt genaue Sätze über Anwesenheit und Abwesenheit des Appellaten auf, ist aber weniger in dessen Interesse als vielmehr des Appellanten ergangen, der nach erfolgter Einführung die Appellation desert werden lässt[11]).

d. Was nun das Verhältniss der Rechte des Appellaten zu denen des Appellanten anbetrifft, so behauptet Linde und diejenigen, welche sich ihm anschliesaen, dass das nunmehrige Rechtssystem vollständig auf Parteiengleichheit gebaut, der Richter das Interesse beider Theile gleichmässig wahrnehmen, ihre Anträge und Widersprüche berücksichtigen, alle Rechtsirrungen des erstrichterlichen Erkenntnisses verbessern und so dem materiellen Recht den Sieg verschaffen soll[12]). Dasselbe wiederholt Sintenis [13]).

11) Schlusssatz in C. 1. pr.
12) Linde, a. a. O. S. 237.
13) Erl. I. 423.

Nach ihm erscheinen diese Verordnungen in einem solchen Lichte, dass der Appellationsrichter ganz unabhängig von den speciellen Parteianträgen nur nach Lage der Acten erkennt, dass eine Abänderung in pejus im weitesten Sinne möglich und sogar dem Oberrichter geboten war, einzig und allein auf das dem materiellen Recht entsprechende Interesse der streitenden Parteien Rücksicht zu nehmen. Dass bei dem Ausbleiben beider Theile das Erkenntniss erster Instanz einfach bestätigt werden soll, erscheint ihm als eine Merkwürdigkeit, die nur ihrer Seltsamkeit wegen angeführt zu werden verdient, indem der Gehorsame sich dadurch Schaden und dem Ungehorsamen Vortheil verschaffen kann, während er, ebenfalls ungehorsam, den durch das erste Erkenntniss erhaltenen Vortheil nicht verloren hätte[14]).

Diese Ausführungen erschienen sogar Arnold — der sonst dem Oberrichter bei Fällung des Spruches möglichst freie Hand lässt, zu weit. Er will dieses Recht des Oberrichters nur soweit gelten lassen, als auch die Anschlussbefugniss des Appellaten reicht, also nur bezüglich solcher Theile, welche durch eine der Parteien vor ihn gebracht wurden[15]), trotzdem gestattet er aber auch nach Nov. 49. Cap. 1., dass dieser zu Gunsten oder Ungunsten beider Theile erkennen dürfe[16]).

Alle diese Folgerungen beruhen jedoch, wie Sartorius meines Erachtens überzeugend ausgeführt hat, auf ganz falschen Voraussetzungen. Sie gehen nämlich alle davon aus, dass auch der Appellat beschwert ist, und geben demgemäss die Möglichkeit zu, dass zu seinen Gunsten erkannt werde, woraus dann wieder vermöge der Parteiengleichheit folgt, dass der Oberrichter auch über die Anträge des Appellanten hinausgehen dürfe.

Aber alle diese Fälle hat der Gesetzgeber gar nicht im Auge, von diesen hat er gar nicht sprechen wollen. Ausdrücklich wird in Nov. 49. der Appellat als „victor“, „qui in causa vicit“ bezeichnet und als sein einziger Antrag nicht wie in L. 39. cit. „judicatis opponere“, sondern stets die Bestätigung des ersten

[14]) a. a. O. S. 447 und bes. Not. 1.
[15]) Arch. 28. S. 88 f.
[16]) a. a. O. S. 96.

Urtheils angeführt (si sententiam confirmari velit); es ist aber für denjenigen, der gänzlich obgesiegt hat, ein besseres Erkenntniss überhaupt nicht denkbar[17]). Daraus folgt nun, dass wenn Keiner erscheint, das Urtheil erster Instanz bei Kräften bleibt. Betrachtet man freilich diesen Satz von dem Standpunkt, wie es Sintenis gethan, so erscheint er in der That seltsam; er erklärt sich aber aus dem römischen Verfahren und den Motiven der Nov. 49. Einmal nämlich war es Grundsatz des römischen Processes, dass im einseitigen Verfahren (in eremodicio) der Richter die Interessen des Contumax zu wahren hat und auf Grund der gepflogenen Verhandlungen und Untersuchungen nicht gerade gegen ihn, sondern auch zu seinen Gunsten erkennen darf[18]). Dies war für die erste Instanz schon von Alters her Vorschrift[19]), dies galt in der Appellationsinstanz ebenfalls schon seit langer Zeit für den Appellaten[20]) und wird nunmehr durch Nov. 49. auch wegen des Appellanten eingeführt. Sodann aber hob der Ungehorsam beider Theile, wie schon in anderen Fällen[21]) in derselben Weise auch, wie gegenseitiger Dolus[22]) oder gegenseitige negligentia[23]) sich auf und es musste daher das erste Urtheil seine Geltung erhalten. Ausserdem lag aber darin keine Unbilligkeit gegen den Appellaten. Erschien er nicht, so konnte er zwar bei Ausbleiben des Gegners gerade durch seine eigene Contumacia sich die Vortheile des erlangten Erkenntnisses sichern, aber er lief auch hinwiederum Gefahr, dass, wenn der Gegner erschien, dieser einseitig seine Beschwerde rechtfertigte und der Richter

---

17) Arnold, a. a. O. S. 100. Hiergegen wendet sich wieder Linde, Arch. Bd. 33. S. 158, der, ohne jedoch erhebliche Gründe anzuführen, behauptet, dass die Novelle nicht nothwendiger Weise von einem vollständig siegreichen Appellaten spreche.

18) Wetzell, a. a. O. S. 589 Not. 56. Bethmann-Hollweg I. §. 33. Not. 51, 52. Sartorius, S. 103 f.

19) L. 13. §. 2. C. 3, 1. L. 27. §. 2. D. 40, 12. L. 73. pr. D. 5, 1. L. 1. C. 7, 43. Vgl. Wetzell, S. 467 Not. 79. Sartorius, S. 103 Not. 2.

20) L. 81. D. 36, 1.

21) L. 73. pr. D. 5, 1.

22) L. 36. D. 4, 3.

23) Hinsichtlich der Gesellschafter L. 10. pr. D. 16, 2. Vgl. überhaupt Sartorius, S. 105 Not. 5.

auf Grund dieser Rechtfertigungen das Erkenntniss möglicher Weise abänderte, während sonst Appellat durch seine Gegenausführungen im Stande gewesen wäre, die Bestätigung zu erlangen. Denn bei dem durchaus mündlichen Verfahren war die Gegenwart desselben nicht überflüssig und die Berufung von Linde und Sintenis, dass der Oberrichter einzig nach dem Befund der Acten zu entscheiden habe, lässt den auch von ihnen zugegebenen mündlichen Charakter des Römischen Verfahrens zu sehr unbeachtet. Erschien aber Appellat und blieb sein Gegner aus, dann sollten die Grundsätze des eremodicium auch für diesen gelten. Wir sehen also, dass der Richer nach den in Nov. 49. vorausgesetzten Fällen gar nicht in der Lage war, eine Abänderung zu Gunsten des Appellaten zu treffen; von einer Stellvertretung desselben (partes adimplere) konnte, da dieser gar Nichts gegen das erste Urtheil einzuwenden (aliquid judicatis opponere) hatte, nicht die Rede sein. Auch über die Anträge des Appellanten hinaus durfte er nicht gehen. Selbst diejenigen, welche diese Befugniss des Oberrichters schon aus L. 39. C. cit. folgern, verlangen, dass der Appellant abwesend sei. Auch dies ist hier nicht der Fall, nicht von einem abwesenden Appellanten spricht das Gesetz, sondern von einem solchen, der nach erfolgter Einführung die Appellation nicht fortsetzte (judicium deserebat). Da nun aber der Appellant bereits mit der Einführung nach L. 39. seine Beschwerdepunkte aufstellen musste (causas appellationis proponere), so waren dem Richter seine Anträge bekannt, und wenn er nach diesen später erkannte, so war dies gewiss eine rechtmässige, den Gesetzen entsprechende Entscheidung (secundum jura decidere).

Wollte man diesen Worten den von Linde vertheidigten Sinn unterlegen, so wäre auch dadurch eine günstigere Entscheidung, als bereits gefällt war, für den Appellaten nothwendig — davon spricht aber, wie bemerkt, die Novelle nicht[24]). Ist endlich bereits bei Besprechung von L. 36. ausgeführt, dass eine Abände-

[24]) Im Arch. Bd. 33. S. 116 giebt Linde zwar zu, dass die Nov. nicht alle Fälle erschöpfe; dies hätte aber auch nicht in der bei Abfassung des Gesetzes von dem Gesetzgeber sich gestellten Aufgabe gelegen, da bereits für den Appellaten durch L. 39. C. gesorgt sei.

rung zu Gunsten des Appellaten von seinen Anträgen oder der statt seiner durch den Richter geübten Stellvertretung abhängig sei, so schliesst ausdrücklich die Novelle diesen Fall aus und nur für den der Abwesenheit beider Parteien enthält sie die positive Bestimmung: Bestätigung [25]).

Das Ergebniss ist also, dass Nov. 49. an dem bisherigen Rechtszustand Nichts geändert hat.

§. 2.

Nov. 126. Cap. 2. (zwischen 543 und 546.)[1]).

Es muss vorweg bemerkt werden, dass diese Novelle, welche sich nicht in der den Glossatoren bekannten Sammlung, aus welcher sie ihr Autenticum zogen, befand, nicht glossirt ist. Sie könnte also von dieser Betrachtung gänzlich ausgeschlossen werden[2]), allein, wenn sie auch mit Unrecht Linde trotzdem für ebenso erheblich hält, als wenn sie glossirt worden wäre[3]), so ist sie doch immer geeignet, den Sinn der früheren Gesetze Justinians darzulegen[4]) uud nur insofern erachte ich ihre Berücksichtigung auch an dieser Stelle für erforderlich:

In omnibus autem appellationibus hoc valere jubemus, ut quotiescunque appellatione interposita[5]) intra definitum tempus utraque pars fatalem diem observavit, judices sine dilatione[6]) tam acta quum judicata examinare studeant atque legi et juri consen-

---

25) Sartorius, 318 f. 323—325.

1) Fälschlich giebt Sartorius, unter Berufung auf Böckings Instit. I. S. 77, als letzte Grenze 544 an.

2) Sintenis, Erl. I. 450. Not. 2. Sartorius, S. 105 Not. *).

3) Arch. 19. S. 474. Rechtsmittel, II. 237. Später hat Linde diese Aeusserung nur in dem von mir angenommenen Sinne verstanden wissen wollen. Arch. Bd. 33. S. 166.

4) Arnold, Arch. 28. S. 96.

5) Vgl. im vorigen Paragraphen Not. 5. Sintenis, S. 450, übersieht dies, indem er behauptet, dass nach Nov. 126. Cap. 2. die Desertionsstrafe nicht einmal mehr die unterlassene Introduction treffen solle. So auch Bethmann-Hollweg, III. 332. Not. 47 gegen Cujacius und Linde, 19. S. 279 Not. 27.

6) A. L. absque omni dilatione.

taneam sententiam ferant[7]). Si vero solum is, qui provocavit comparuit[8]), jubemus judicem ultimum fatalem diem exspectare, et si victor quaesitus non inventus fuerit, examinatis actis causae legitimum finem imponere[9]); sin autem is solus, qui victricem sententiam accepit, compareat, qui vero provocavit[10]), requisitus inventus non fuerit, judices non solum ultimum fatalem diem, sed etiam tempus reparationis, hoc est tres menses[11]) exspectare. Quod si nec tunc quidem inventus fuerit, qui provocavit[12]) nequaquam decursu temporis sententia confirmetur, sed vel una tantum parte praesente judices tum acta quum judicata examinent. Ac si quidem sententiam recte latam invenerint, eam confirment, sin autem neglectum aliquid sit[13]), id corrigant et legitimam sententiam ferant. Causa vero appellationis intra fatales dies sive ab utraque parte sive ab una introducta[14]) nequaquam biennalis temporis decursu in posterum confirmetur sed veritate et jure considerato causae illae sive una sive utraque parte praesente legitime decidantur[15]).

Diese Novelle soll nach der einen Ansicht[16]) dem Oberrichter wieder eine unbeschränkte Befugniss zur Reformation oder doch eine solche innerhalb der an ihn devolvirten Sache[17]) nach der

---

7) A. L.: depromere.

8) A. L.: fatali die oder bloss ingressus sit.

9) A. L.: Construction mit ut und legitimum ad signeat terminum.

10) A. L.: provocatus, dass dies falsch, beweist der griechische Text: *Εἰδὲ μόνος ὁ τὴν νικητικὴν ψῆφον λαβὼν εἰς ἔλθοι, καὶ ἐπιζητηθεὶς ὁ ἐκκαλούμενος μὴ εὑρεθείη* ... Die geringeren Abweichungen übergehe ich.

11) L. 2. C. 7, 63.

12) Fälschlich wider A. L.: provocatus, griechisch: *ὁ ἐκκαλούμενος.*

13) Per negligentiam omissum sit, griechisch: *παρῶπται.*

14) A. L.: Simulatque causa — inter eos dies, qui dilationis causa praefiniti sunt —

15) Der Schlusssatz spricht davon, dass bei doppelter Appellation für jede besonders die Fristen berechnet werden sollen. Cujacius, Observ. XVIII. C. 36

16) Linde, Arch. 19. S. 476. Bd. 33. S. 171 ff. Rechtsmittel, II 237. 248. Sintenis, I. 423. Schmid, Handb. III. 462. 451. Not. 22. Zeitschr. N. F. IV. 41 f. 51. Osterloh, II. 192.

17) Arnold, Arch. 28. S. 96.

andern[18]) aber in keiner Weise die Bestimmungen von L. 36. cit. abgeändert haben. Justinian bestimmt nun Folgendes:

1) sind beide Theile an dem Fatalientermin erschienen, so soll der Richter unverzüglich nach Prüfung des Erkenntnisses und der Acten ein mit Gesetz und Recht übereinstimmendes Urtheil fällen;
2) erscheint bloss Appellant, so soll der Richter den letzten Fatalientermin abwarten, und wenn dann der Sieger trotz Aufsuchens nicht gefunden wird und nicht erscheint, nach Prüfung der Acten den Process gesetzlich beendigen;
3) erscheint aber nur derjenige, welcher in erster Instanz ein obsiegendes Erkenntniss erhalten hat, d. h. der Appellat, und ist hingegen Appellant nicht aufgefunden worden, so soll der Richter nicht bloss den letzten Fatalientag, sondern auch noch die Frist von drei Monaten, innerhalb deren eine Wiederherstellung der Appellation erlangt werden kann, abwarten, und alsdann soll keineswegs mehr durch den blossen Ablauf der Zeit von zwei Jahren das erste Urtheil bei Kräften bleiben, sondern der Richter soll stets Acten und erstes Urtheil prüfen, Wahrheit und Recht in Rücksicht ziehen, Nachlässigkeiten im ersten Erkenntniss und Versehen wieder gut machen und seinen Urtheilsspruch den Gesetzen gemäss fällen.

Wiederum sehen wir, dass hier der Appellat als Sieger bezeichnet wird, d. h. dass er ein Erkenntniss erster Instanz davongetragen hat, welches völlig seinen Anträgen entspricht. Somit enthält also auch diese Novelle ganz andere Voraussetzungen, als L. 36. cit., und es darf daher auf das im vorigen Paragraphen Dargelegte verwiesen werden.

Diese Novelle ist nichts Anderes, als eine Bestätigung von Nov. 49, mit geringen Abweichungen hinsichtlich der Fristen. Diejenigen nun, welche die erste Ansicht vertreten, stützen sich auf deren Wortlaut, auf: legi ac juri consentaneam sententiam ferant — legitimum finem imponant — legitimum sententiam

---

18) Sartorius, Arch. 31. S. 105—107, 319 ff. Renaud, S. 524 Not 31.

ferant — causae legitime decidantur — neglectum corrigant — veritate et jure considerato — und wollen in allen diesen Ausdrücken die Anweisung des Gesetzgebers sehen [19]), dass der Oberrichter sich über das formelle Recht hinwegsetzen und nur nach dem materiellen entscheiden soll. Wie wenig aber diese so allgemein gehaltenen Ausdrücke beweisen, hat Sartorius meines Erachtens überzeugend ausgeführt, und ich wüsste seiner umfangreichen Darstellung, trotz der Entgegnungen Linde's, nichts mehr hinzufügen.

D.

Das canonische Recht.

§. 1.

Angebliche Bestimmungen über die Gemeinschaft der Rechtsmittel.

Während der eine Theil der Schriftsteller darin übereinstimmt, dass das canonische Recht in der von mir behandelten Frage keine positiven Vorschriften enthalte und nur die Veranlassung zu dem Ausdruck „Adhäsion" gegeben habe [1]), werden von anderer Seite Stellen aus dem canonischen Rechtsbuch angeführt, welche von jener Gemeinschaft handeln sollen [2]).

Von den Ersteren geschieht des C. 4. in VI° de elect. 1, 6. Erwähnung. Dieses (auf dem Concil von Lyon im Jahre 1273 von Gregor X. erlassen), gestattet auch dritten Personen, sich der eingelegten Appellation anzuschliessen, und nennt diese: adhaerentes. Hieraus ist in Doctrin und Praxis der Name Adhäsion entstanden, aber freilich im ganz andern Sinne, nämlich für die

---

19) Linde, Arch. Bd. 33. S. 170 ff.

1) Linde, Arch. 19. 476. Rechtsmittel, II. 240. Sintenis, I. 423. Schmid, Handbuch, III. 453. Not. 24. Sartorius, Arch. 31. S. 99 Not. 4, S. 327 Not. 3, S. 344. Gönner, III. S. 153. Jordan, in Weiske's R. L. I. S. 116. Heffter, Instit. S. 474 Not. 95; Danz, Grunds. des ordentl. Proc. S. 604 Not. e. Claproth, Einl. II. Th. S. 708. Wetzell, S. 588, Not. 53. u. A. m.

2) Renaud, S. 520. Grolmann, §. 211. S. 339. Mühlenbruch, Entwurf §. 383.

Handlung, wodurch sich Appellat nach Ablauf des Fatale der Berufung des Gegners anschliesst[3]). Noch später nannte man diesen Fall accessorische Adhäsion und trennte hiervon die sog. Principal-Adhäsion, trotzdem man letztere gar nicht als Adhäsion selbst auffasste. Man verstand nämlich unter letzterer den von Justinian nicht aufgehobenen und von dem canonischen Recht[4]) ausdrücklich bestätigten Fall der wechselseitigen Appellation[5]). Da diese nur den Namen, nicht aber den Inhalt einer Anschlussberufung hat und als solche auch von allen Juristen verworfen wird, so scheidet diese ganz von meiner Betrachtung aus.

Trotz dieses klaren Inhalts von C. 4. cit. erscheint es auffallend, dass sowohl Grolmann a. a. O. dasselbe zu den die Gemeinschaft der Rechtsmittel begründenden positiven Quellen rechnet, als auch Renaud unter Berufung auf die Stelle behauptet, dass das canonische Recht die römischen Vorschriften über das gedachte Institut bestätigt habe.

Zu gleichem Zweck werden noch C. 1. in VI° de appell. II. 15. von Lauterbach[6]) und C. 60. X. de app. II. 28. von Mühlenbruch[7]) citirt, während Sartorius[8]) auch C. 20. X. de sent. II. 27. und C. 55. X. de appell. II. 28. als Belagstellen Anderer, die er nicht nennt und ich nicht habe auffinden können, anführt.

Cap. 1. in VI° II. 15. enthält einen Canon des Concils von Lyon, 1245 von Innocenz IV. Es wird in demselben zunächst angeordnet, dass bei Appellationen gegen ein Zwischenurtheil oder aussergerichtliche Beschwerde Appellant schriftlich seine Beschwerdegründe angeben und Apostel erbitten müsse, die ihm

---

3) Doch gebrauchen ältere Schriftsteller das Wort noch manchmal in der canonischen Bedeutung, z. B. Mevius, I. dec. 158. p. 62: Adhaerere appellationi ab alio interpositae permissum, und er scheidet zwei Fälle: propter peculiare jus adhaerentis pro agenda sua ipsius causa und pro adjuvanda prosecutione appellantis accessorie sibi nempe assistendo. Sartorius, S. 49 Not. 4, führt auch noch Lauterbach an; dass dies aber unrichtig, wird sich weiter unten ergeben.

4) C. 7. pr. X. 2, 28. C. 16. (Raynutius) und C. 18. (Raynaldus) X. d. test. 3, 26. Renaud, S. 519. Wetzell, S. 588.

5) Appellatio duplex seu reciproca. Pütter, Opusc. l. c. p. 495.

6) Coll. pract. Lib. 49. Tit. 1. §. 14. Bd. 3. S. 1206.

7) Entwurf, §. 383.

8) S. 344, Not. 17.

vom Richter zu ertheilen seien. Sodann heisst es: „Post hoc appellatori secundum locorum distantiam, personarum et negotii qualitatem tempore prosecutionis indulto, si voluerit appellatus et petierit, principales personae per se — accedant ad sedem apostolicam . . .“ Lauterbach äussert sich über diese Stelle: Nec non adhaerere potest ipse appellatus, ut jura sua non deducta deducere et de eo quod sibi de sententia deesse videtur, conqueri possit etiam invito appellante[9]).

Ich glaube aber, dass dieser Sinn mehr in die Stelle hineingetragen, als in ihr vorhanden ist. Denn die Worte „si voluerit appellatus et petierit“ können sich auch auf Erbittung der Zeitfrist oder auf die Apostel beziehen — es wäre alsdann wiederum eine wechselseitige Appellation —, der Schlusssatz aber, welcher dem Appellanten bei Nichtbeobachtung dieser Vorschriften nur Zurückweisung seiner Beschwerde androht, macht es gewiss, dass hier nicht ein Appellat gedacht wird, der eine Abänderung zu seinen Gunsten beantragt hat.

Cap. 60. X. II, 28. (Innocenz III. im Concil von 1216): Cum cessante causa cessat effectus, statuimus, ut sive judex ordinarius sive delegatus aliquid comminando vel interloquendo protulerit, quo exsecutioni mandato alter litigantium gravaretur, et sano usus consilio ab hujus modi interlocutionis vel comminationis effectu destiterit, libere in causae cognitione procedat, si a tali comminatione vel interlocutione fuerit appellatum dummodo non sit ex alia causa legitima suspectus, ne processus negotii frivolis occasionibus retardetur.

Es behandelt diese Stelle denselben Fall wie L. 42. D. 42, 1.[10]) Der Richter konnte zwar, sobald er einmal das Urtheil gesprochen, dieses nicht mehr abändern, auch wenn er von der Unrichtigkeit desselben überzeugt war, allein Nebenpunkte konnte er vor der Entscheidung über die Hauptsache immer wieder zurückziehen. Dieses findet auch hier Statt, wo offenbar ist, dass

---

9) Ueber diese Ansicht Sartorius, S. 99, Not. 4. S. ob. Not. 3.
10) Siehe oben B. §. 4. Not. 10.

nur eine Zwischenverfügung und nicht die Endentscheidung als beschwerend angegriffen wird[11]).

Cap. 20. X. de sent. II., 27. (Innocenz III. 1199.) spricht nur den Grundsatz aus, dass das erste Urtheil bei Kräften bleibt, wenn gegen dasselbe nicht appellirt worden, sondern ohne Rücksicht auf dessen Ergehen die Sache selbst an den päpstlichen Stuhl gebracht und dort entschieden worden ist. Dieses soll selbst dann gelten, wenn das erste Erkenntniss ungerecht war.

Cap. 55. X. de app. II., 28. (Innocenz III. 1207.) enthält den Grundsatz, dass mit der Appellation in der Hauptsache auch die davon abhängigen Nebenpunkte von selbst devolviren, wodurch freilich im Endresultat ein Erkenntniss ergehen kann, welches die Anträge der Parteien überschreitet. Allein es versteht sich von selbst, dass auch die Folgen des Urtheils in der Hauptsache sich auf die Nebenpunkte erstrecken müssen.

Es zeigt sich also, dass in dem canonischen Rechtsbuch eine Bestimmung über die Gemeinschaft der Rechtsmittel, wie sie im Römischen Recht gefunden wird, nicht enthalten ist.

§. 2.
Das Verfahren.

Es kommt ferner in Betracht, ob etwa durch das canonische Verfahren eine Aenderung in der Lehre von der Gemeinschaft der Rechtsmittel entstanden ist. Im Allgemeinen ist dieses ganz das Römische geblieben. Hinsichtlich der Einwendung ist die Frist dieselbe und nur bei Appellation gegen Zwischenurtheile — die durch das canonische Recht als allgemein giltig anerkannt ist — müssen schon bei der Einwendung die Beschwerdegründe angegeben und dürfen alsdann bei der Rechtfertigung nicht geändert werden[1]), eine Bestimmung, die sich für Appellationen gegen Endurtheile nicht findet und auch von der Doctrin[2]) nicht

[11]) Linde, Rechtsmittel, I. S. 32.

[1]) C. 5. X. II. 28. Clem. 5. de app. II. 12. Sintenis, Erl. I. S. 420. Linde, im Arch. 19. S. 323 f.

[2]) Ausser den oben Angeführten noch J. H. Böhmer, Jus eccl. Pr. II. 27. §. 13.

anerkannt wird. Neu ist aber dem canonischen Process die Erbittung um Aposteln innerhalb dreissig Tagen von Fällung des Erkenntnisses[3]), deren Versäumniss Desertion der Appellation nach sich zieht (Sg. fatale apostolorum petendorum). Sintenis a. a. O. nimmt noch an, dass ausserdem von dem Richter eine Frist zur Empfangnahme der Acten (Sg. fatale requirendorum actorum) bestimmt wurde, welche, vom Appellanten versäumt, ebenfalls Desertion zur Folge haben sollte, allein diese Ansicht weiss er weder selbst durch Belege zu begründen, noch wird sie von anderen Schrifstellern anerkannt, vielmehr soll der Unterrichter unaufgefordert der Verpflichtung zur Aushändigung der Acten nachkommen[4]).

Die Einführung bei dem Oberrichter geschieht durch die Parteien selbst in der entweder vom Appellanten selbst oder vom Richter gestellten peremtorischen Frist oder innerhalb eines bezw. zweier Jahre, wie dies schon von Justinian angeordnet war[5]). Die Art der Einführung und Rechtfertigung ist nicht näher bestimmt; es ergiebt sich aber aus dem Verzicht auf die Appellation noch Manches, woraus sowohl hierauf als auf die Gemeinschaft derselben geschlossen werden kann. Während nämlich der Verzicht vor dem ersten Urtheil und nach eingewandter Appellation gestattet ist[6]) wird er einseitig dem Appellanten nicht mehr nach der Einführung erlaubt, und zwar wird als Zeitpunkt für letztere in Cap. 70. X. de app. II., 28.: alii cognitio delegata, in C. 10. und 44. in VI° de elect. I., 6.: antequam ipsi sedi apostolicae appellationes eaedem fuerint praesentatae angegeben. Ein solches Verbot des einseitigen Verzichts kann aber nur einen Sinn haben, wenn aus der Appellation auch Rechte für den Appellaten

---

[3]) Auch dem früheren R. R. war dies bekannt. L. un. D. 49, 6. Paulli, S. R. V. 34, 1. Linde, Arch. 19. S. 18. Sintenis, I. 451. Not. 2. Wetzell, S. 569, Not. 33. C. 6, 1. in VI° de app. II. 15. Clem. 2. de app. II. 12.

[4]) Wetzell, S. 570. Bayer, 1047. Linde, Arch. 19. S. 19. Endemann, S. 920 u. A.

[5]) Sintenis, I. 451. Bayer, S. 1051. Wetzell, S. 578. Linde, Arch. 19. S. 279, 284.

[6]) Belege bei Linde, Rechtsmittel, I. 415 Not. 1, 416. Not. 2—4.

erwachsen können d. h. diese gemeinschaftlich wird[7]). Es ergiebt sich aber auch ferner, dass dieser Zeitpunkt der appellationes praesentatae dem römischen: si semel appellator in judicium venerit entspricht. Endlich tritt mit Ablauf der Einführungsfrist nicht immer bloss Desertion der Appellation ein, sondern es bleibt dem Appellaten auch vorbehalten, dieselbe einseitig fortzusetzen und zwar, wie Cap. 57. X. de app. II., 28. sagt, „maxime si sentiat sibi ex dilatione gravamen imminere," noch vor Ablauf der gesetzlichen Frist. Es hat offenbar diese Stelle wiederum den Fall vor Augen, dass Appellat in erster Instanz völlig Sieger geblieben ist — denn sonst würde er sich nicht bloss wegen der Verzögerung beschwert fühlen — und ich glaube daher, dass diesem caput eine weitere Bedeutung nicht beizumessen ist[8]).

Die vom canonischen Recht besonders ausgebildete aber höchst complicirte Lehre[9]) von dem Rechtsmittel wegen Nichtigkeiten enthält keine Grundsätze darüber, wie weit dasselbe den Parteien gemeinschaftlich wird. Auch die Schriftsteller führen über diesen Punkt nichts an. Weil aber der entscheidende Richter nicht bloss das erste Urtheil vernichten, sondern auch an dessen Stelle ein neues setzen sollte[10]) und andererseits die Beschwerde in den meisten Fällen, wenn nicht mit der Appellation selbst verbunden, so doch an den höheren Richter gebracht und derselben immer mehr ähnlich wurde, und weil endlich auch dritte Personen ihre Beschwerden im Wege der Nichtigkeitsklage geltend machen konnten[11]) — so ist wohl ohne Bedenken anzunehmen, dass die Gemeinschaft des Rechtsmittels unter den Parteien hier in demselben Umfange wie bei der Appellation Statt fand.

---

7) Linde, a. a. O. I. 416. Wetzell, S. 578 Not. 25 S. 594 Not. 70.

8) Dies scheint: Stryk, intr. p. 183, diss. p. 1345.

9) Endemann, S. 940.

10) C. 12. 18. X. de sent. II. 27. Linde, II. 447. Renaud, 535. Not. 19. Endemann, S. 940 Not. 25. Wetzell, S. 633.

11) Linde, a. a. O. S. 448 Not. 2.

Capitel II.

Die Entwicklung der Gemeinschaft der Rechtsmittel durch die Reichsgesetze und die Praxis.

§. 1.

Die positiven Bestimmungen.

Nur vorübergehend, und ohne sich näher über die Natur der Gemeinschaft der Rechtsmittel auszulassen, thun die Reichsgesetze derselben Erwähnung und zwar nicht einmal in diesem allgemeinen Sinn, sondern nur der Appellations - Gemeinschaft im Besonderen[1]). Schon die R. K. G. O. von 1555 Th. III. Tit. 44. gestattet dem Appellaten, falls Appellant nach ausgegangener Ladung nicht erschienen, oder falls er einmal erschienen, vor oder nach der Kriegsbefestigung ungehorsam sein würde, die Wahl, sich entweder derselben Wege zu bedienen, wie sie in erster Instanz dem Verklagten gegen den ungehorsamen Kläger offen stünden, oder selbstständig gegen ihn, „wie sich im Recht gebühre, zu procediren", vorausgesetzt, dass die Formalien der Appellation sonst gewahrt sind[2]). Dasselbe ist wiederholt in dem Concept der K. G. O. von 1613 Tit. 53., welche zwar nicht die Kraft eines wirklichen Reichsgesetzes hatte, aber dennoch von der Praxis als Quelle benutzt wurde[3]).

Auch in der von der genannten K. G. O. für den Appellaten vorgeschriebenen Phrase der Litis Contestation: In Sachen N. wider N. bin ich der Appellationsklage nicht geständig und bitte zu erkennen, dass wohl geurtheilt und übel appellirt oder: Ich bitte das Urtheil zu reformiren und zu erkennen, dass an dem

---

[1]) Linde, Arch. 19. S. 476. R. M. II. 240. Sintenis, I. 452 ff. Sartorius, S. 322. Renaud, 520. 521. Wetzell, 582. u. A. m.

[2]) Emminghaus, Corp. jur. germ. S. 287.

[3]) Wetzell, S. 3. Not. 4.

Ort wohl, aber an dem anderen übel geurtheilt[4]) will Sintenis[5]) eine Beziehung auf die unbeschränkte Gemeinschaft der Rechtsmittel erkennen. Endlich war es auch andererseits dem Appellanten gestattet, einseitig gegen den abwesenden Appellaten vorzuschreiten[6]). Aus allen diesen Bestimmungen ergiebt sich, dass die Möglichkeit einer Gemeinschaft in dem Verfahren wenigstens gegeben war.

Ausdrücklich gedenken jedoch nur die Reichsabschiede von 1566 §. 116.[7]) und von 1594 §. 96.[8]) der Appellations-Gemeinschaft. Ersterer erwähnt bei Gelegenheit der Frage, wem die Kostenpflicht zufalle, dass „hie beneben der Appellationen halber fürkommen ist, wie offtermals fürfalle, dass durch die Appellaten sowohl als durch die Appellanten die eingeführte Appellation, so ohne das beyden Theilen gemein, prosequirt oder volnführt werden;" letzterer, dem sich wörtlich das Concept von 1613 Tit. 34. §. 12. anschliesst, bemerkt:

Wenn auch wohl bissweilen geschicht, dass der Appellat in termino, da die Appelatio eingeführt werden soll, erscheint und seines Theiles die Appellation zu prosequiren untersteht, der Appellant aber allein de diligentia protestirt und hernach, wenn die fatalia verflossen, allererst die exequirten Processe reproducirt und dahero der Zweifel fürfällt, ob dieser Gestalt des Appellaten prosecutio kräfftig sey und dem Appellanten auch zu gutem kommen möge, so soll es hiermit also verordnet seyn, wofern der Appellat diess obgesetzten Falls die Appellation pro suo interesse auszufüren bedacht, dass ihme vermöge den Rechten das commune beneficium (ohngeachtet die Reproduction exequirter Ladung durch den Appellanten zu spät geschehen) nicht soll abgestrickt seyn, sondern die Appellation bei Kräfften bleiben und nicht für desert geachtet werden."

---

4) Von 1555 Tit. 32. §. 5., bei Emminghaus S. 283 f.

5) I. 462 Not. 1. Von anderen Schriftstellern wird diese Stelle nicht erwähnt, offenbar, weil der Gesetzgeber gewiss nicht einer so allgemeinen Phrase eine so specielle Bedeutung gegeben hat.

6) K. G. O. von 1555, III. Tit. 45. Conc. v. 1613, III. Tit. 54.

7) Emminghaus, S. 368.

8) Emminghaus, S. 417.

Zeigt sich durch diese Vorschriften, dass auch die Reichsgesetze die Gemeinschaft der Appellation anerkennen, so ist damit zu gleicher Zeit auf das Römische Recht gewiesen, welches für unser Institut nicht blosses Hilfsrecht, sondern die alleinige Rechtsquelle ist[9]), und es kann jetzt nur meine Aufgabe sein, aus den dort gewonnenen Ergebnissen die Folgerungen für den gemeinen Process zu ziehen. Es wird sich also nur fragen, wie weit das in dem Reichgerichtsprocess veränderte Verfahren, welches auch unter Berücksichtigung der Eigenthümlichkeiten des ersteren in den Territorien Anwendung findet[10]), auf die Grundsätze des Römischen Rechts einwirken musste. Hierbei ist nun Folgendes vorweg zu bemerken:

1. Schon seit dem Mittelalter findet sich für das durch die Appellation unter den Parteien entstehende Verhältniss der Ausdruck: communio appellationis[11]).

2. In gleicher Weise bedient sich die Theorie und Praxis für die Befugniss des höheren Richters, über die Anträge der Parteien hinaus zu erkennen, der Phrase: reformatio in pejus, welche zwar aus L. 1. pr. D. 49, 1. entlehnt, dort aber in dem Sinne gebraucht ist, dass die appellatorischen Erkenntnisse nicht immer dem Wesen des Rechtsstreites entsprechen und das Richtige treffen, sondern mitunter auch schlechter sind, als die Urtheile erster Instanz[12]). Es wird sich nun fragen, welche Grenzen dieser reformatio in pejus zu stecken sind.

3. Die deutsche Praxis hat die appellabeln Decrete in weit grösserem Umfange als das Römische Recht ausgebildet. Trotz der entgegenstehenden Bestimmungen des Tridentinischen Concils

---

9) Gegen Gensler, Comment. zu Martin, Th II. S. 121. Linde, Rechtsmittel. II. 260. Schmid, Handbuch III. 463. Zeitschrift, Bd. IV. S. 48.

10) Sintenis, I. 463 f.

11) Schon bei Baldus ad l. Ampliorem (L. 39. C. 7, 63.) -- quia appellatio est communis etiam alteri parti quae non appellavit bei Sartorius a. a. O. S. 340.

12) Sartorius a. a. O. S. 86. Dieser versteht unter ref. in pej. einen bestimmt abgegrenzten Begriff. Für den Zweck dieser Abhandlung erachte ich es jedoch nicht für erforderlich, den ersteren festzustellen, da hier nur die Wirkungen der Rechtsmittelgemeinschaft von Interesse sind.

(Sessio 24. C. 20.) und der vor und nach diesen ergangenen Reichsgesetze[13]) wird gegen jedes Zwischenurtheil die Appellation gestattet und nur hinsichtlich des Verfahrens ein Unterschied gemacht, ob dieselbe gegen Decisiv- oder einfache Decrete ergangen ist[14]).

4. Auch die Zahl der Rechtsmittel hat im deutschen Process eine Ausdehnung erfahren und es wird daher die fernere Frage sein, wie weit sich auch auf diese die Gemeinschaft erstrecke.

§. 2.
Die Beschwerde gegen einfache Decrete.

Die Decisivverfügungen sind durch die Praxis den Endurtheilen völlig gleichgestellt worden; nur bei den einfachen d. h. auf einseitigen Antrag ergangenen richterlichen Bescheiden[1]) ist ein abweichendes Verfahren bestimmt. Allein ich darf sowohl dieses als das bei der sogenannten Extrajudicialappellation ausser Betracht lassen. Denn da übereinstimmend von allen Rechtslehrern behauptet wird, dass auch der Unterrichter dergleichen Beschwerden, ohne den anderen Theil gehört zu haben, abstellen darf[2]), so muss man auch unbedenklich dem Oberrichter eine solche Befugniss einräumen, die aus dem oben erwähnten Grunde in keiner Weise für den Appellaten beschwerdend sein kann[3]). Letzterer kommt dabei eigentlich gar nicht in Betracht.

§. 3.
Entscheidungen des Oberrichters auf einseitigen Vortrag.

Während nach dem römischen Process der höhere Richter bei dem Erscheinen auch nur der einen Partei vorgehen konnte,

---

13) Vgl. u. A. Bayer, Vortr. 1016.

14) Bayer, S. 1072.

1) A. M. Linde, Rechtsmittel I. S. 91, 101.

2) Cap. 10. in VI° 2, 15. Bayer, Vortr. S. 1073. Wetzell, S. 515, 601. Renaud, S. 487.

3) Linde, R. M. II. 101.

ist dem deutschen Process wesentlich das Gehör beider Theile zu Grunde gelegt. Es hängt damit zusammen, dass nach ersterem Verfahren Ladungen an den Appellaten gar nicht Statt finden, sondern, da der Einführungs- und Rechtfertigungstermin gesetzlich festgestellt war, diesem lediglich überlassen blieb, zu erscheinen und seine Vertheidigung geltend zu machen. Entschied also der Richter nach dem einseitigen Vortrag des Appellanten, so war damit dem Gegner kein Unrecht geschehen[1]), und dies war um so weniger der Fall, als nach L. 39. C. de app. dessen etwaige Beschwerden noch besonders berücksichtigt wurden.

Anders war es im deutschen gemeinen Process, in welchem eine besondere Ladung an den Appellaten erforderlich und dessen Vernehmung auf die Appellation gesetzlich vorgeschrieben war. Hier erscheint die Frage berechtigt, ob der Oberrichter befugt ist:

1) falls ihm die Beschwerde des Appellanten völlig unbegründet erscheint, diese, ohne den Gegner gehört zu haben, sofort zu verwerfen und
2) bei begründeter Beschwerde des Appellanten ein abänderndes Urtheil zu fällen, ohne dem Appellaten Gelegenheit zum Gehör gegeben zu haben.

Nach gemeinrechtlichem Gerichtsgebrauch nennt man Verfügungen, wodurch der Oberrichter nach Einführungs- und Rechtfertigungsschrift die Appellation annimmt oder verwirft Relevanzbescheide oder Relevanzdecrete, während man Verfügungen desselben, wodurch der Oberrichter mittelst Rescriptes an den Unterrichter die Beschwerden des Appellanten beseitigt: Ordinationen nennt[2]). Ohne näher auf die Bezeichnungen einzugehen, muss die Sache selbst nach den beiden aufgestellten Möglichkeiten einer Prüfung unterworfen werden.

---

1) Linde, II. 103.

2) Linde, II. S. 92. Renaud, S. 678. Dass diese Bezeichnungen nicht erschöpfend sind, hat Linde a. a. O. S. 93 nachgewiesen und auch eine neue Nomenclatur aufgestellt, S. 98. Vgl. Bayer, S. 1056. Ausser den gewöhnlichen Lehrbüchern handeln über die im Text aufgestellten Fälle ausführlich: Gönner, III. Abh. XLIII. S. 419 ff., Almendingen, Metaphysik, S. 202 ff. Linde, R. M. II. §. 168—174 (S. 104—149).

Ad 1. Verfügungen des Oberrichters bei unbegründeter Beschwerde. Vorausgesetzt ist hierbei, dass die Appellation wegen der Fatalien und Formalien völlig gewahrt ist, da sonst der Oberrichter überhaupt nicht auf die Beschwerden selbst einzugehen hat. Die bei manchen Gerichten, besonders dem Reichshofrath üblich gewesene Praxis, trotz mangelnder Formalien die Sache selbst zu berühren, erscheint mit Recht als tadelnswerth[3]).

Schon im canonischen Process findet sich die Vorschrift, dass der Appellationsrichter eine ungegründete und unerhebliche Beschwerde verwerfen soll[4]), allein eine solche Möglichkeit war nur bei Beschwerden gegen Interlocute möglich, da in diesen die Beschwerdegründe genau angegeben sein mussten[5]) in anderen Fällen aber der Richter gar nicht in der Lage war, sich über Grund oder Ungrund derselben ein Urtheil bilden zu können. Ganz dasselbe ist auch nach dem älteren Cameralprocess anzunehmen, denn auch hier war bei Appellationen gegen andere, als Beiurtheile der Oberrichter nach der Einführung, welche bloss in der sogenannten Supplica pro processibus bestand[6]), ohne Kenntniss der Beschwerden; diese lernte er erst in dem ersten Termin zu dem auch der Appellat geladen wurde, durch die Rechtfertigung kennen[7]). Erst durch den J. R. A. §. 64., wonach „hinfüro ein jeder Appellant seine gravamina appellationis jedesmal summariter und Punktenweiss gleich mit der Supplication pro processibus übergeben“ sollte, konnte der Oberrichter bei sonst gewahrten Formalien in die Prüfung des Inhalts der Beschwerden schon jetzt eingehen. Jetzt erst konnte jene Bestimmung des canonischen Rechtsbuches eine grössere Bedeutung und häufigere Anwendung finden, da die Praxis selbst, wenn Appellant — was ihm gestattet war — nur auf die Voracten Bezug nahm, wenig-

---

3) Vgl. Linde, a. a. O. II. 108. 110. Gönner, III. 251 ff.
4) Cap. 38. u. 59. X. II, 28. C. 5. in VI° II. 15. bei Linde, II. 104. Not. 1.
5) S. oben D. §. 2. Not. 1.
6) K. G. O. von 1555 Th. II. Tit. 30. §. 1.
7) K. G. O. von 1555 Th. II. Tit. 31.

stens die Aufstellung seiner Beschwerdepunkte verlangte[8]). Eine Zurückweisung der Appellation wegen unbegründeter Beschwerden zeigt sich auch schon vor dem J. R. A. in den Territorialgerichten, aber freilich nur in den Fällen, wo Appellant sie bereits angegeben hat, was ihm offenbar freistand, oder wie Mevius sagt: si appellans gravatum se alleget non hoc vero tantum in genere, sed simul, in quo specialiter gravatus sit et qua ex causa gravatum se ideo sententiam corrigendam esse putet[9]). Auch im heutigen gemeinen Process erhält der Richter Einsicht von den Beschwerden des Appellanten schon mit der ausserterminlich überreichten Einführungschrift, welche materiell die Angabe der Beschwerden und deren Rechtfertigung oder statt deren die Berufung auf die Voracten enthalten muss[10]), letzteren Falls wird der Oberrichter zu allernächst diese sich einfordern müssen. Gewinnt somit der Oberrichter ein Urtheil über den Gehalt und den Ungrund der Beschwerden, so wird es sich fragen, ob er nicht durch Verwerfung der Appellation und durch die einfache Bestätigung des ersten Erkenntnisses wegen der Gemeinschaft der Appellation dem Appellaten Unrecht thue. Irrelevant ist diese Frage natürlich für den Fall, dass der Oberrichter sofort aus der Vernehmung des Appellanten sieht, dass in erster Instanz nach den Anträgen des Appellaten erkannt worden, also eine reformatio in pejus unmöglich ist. Hat nun aber der Appellat wirklich schon in diesem Moment einen Anspruch auf Berücksichtigung? Diese Frage ist zu bejahen, sobald man sich vergegenwärtigt, dass nach der massgebenden Bestimmung von L. 39. C. cit. nur nothwendig ist, dass Appellant einmal vor dem Oberrichter erschienen ist und dort seine Beschwerde vorgetragen hat[11]). Linde, welcher

---

8) Nachweise bei Linde, Zeitschr. f. Civ. R. u. Pr. Bd. 9. S. 329 ff.

9) Decisiones, P. I. Dec. 7.

10) Wetzell, 582. Renaud, S. 671, 672. Martin, §. 288. u. A. A. M. Bayer, S. 1051 ohne Belege. Particularrechtliche Abweichungen, wonach neben der Introductionsschrift auch noch häufig ein fernerer Schriftsatz ad justificundum formalia et materialia sich vorfindet, muss ich ausser Betracht lassen. Vgl. Wetzell, S. 583 Not. 43. Eine weit verbreitete Praxis spricht freilich dafür. Martin, §. 288. Danz, §. 435.

11) B. §. 2.

Introductions und Justificationsschrift trennt, lässt schon mit der ersten die Gemeinschaft eintreten und verlangt, dass der Oberrichter, sobald ein Interesse des Appellaten vorhanden ist, dasselbe wahrnehme[12]). Renaud und Wetzell stellen zwar auch als Zeitpunkt der Gemeinschaft die Einführung auf, allein sie erachten dieselbe erst durch die Mittheilung des Communicativdecretes an den Appellaten für abgeschlossen[13]); beide begründen ihre Ansicht durch das Verfahren vor den Reichsgerichten, wonach Gegenwart des Appellaten im ersten Termin zur Bekräftigung der Einführung erfordert wurde. Danach durfte der Oberrichter in dem oben erwähnten Zeitpunkt keineswegs die Appellationsbeschwerde zurückweisen und zu Gunsten des Appellaten Abänderungen treffen. Beide Schriftsteller lassen daher in einem solchen Fall den Oberrichter auf Appellationsprocesse erkennen; inconsequent ist es aber, wenn Renaud ihm auch die Wahl giebt, mittelst einfachen Decretes den aus den Acten sich ergebenden Beschwerden des Appellaten Rechnung zu tragen[14]); denn sobald noch keine Gemeinschaft vorhanden ist, müsste dies dem Oberrichter auch versagt sein. Consequenter ist Wetzell; nach ihm kann auch der Oberrichter der Kosten und Zeitersparniss wegen die Introductionsschrift dem Appellaten nur zur Nachricht mittheilen nnd die Acten einfordern, stellen diese eine reformatio in pejus in Aussicht, so soll er nachträglich die Vernehmlassung des Appellaten einholen, entgegengesetzten Falls aber das erste Erkenntniss bestätigen. Wetzell führt für die Richtigkeit dieser Ansicht keinen Beleg aus der Praxis an und übersieht dabei die Bestimmung des L. 39. cit. Denn wenn überhaupt dem Oberrichter die Befugniss zur Abänderung ertheilt wird, so muss, da der Fall der erwähnten Constitution vorliegt, auch deren Vorschriften beachtet werden. Der vorgetragenen Ansicht entsprechend hat das Ober-Appellationsgericht von Nassau durch Decret vom 13. December 1834 in einer Processsache nach erhaltener Recht-

12) Linde, a. a. O. S. 110, 111.
13) Wetzell, S. 594, 583. Renaud, S. 675.
14) Renaud, S. 679.

fertigungsschrift des Appellanten ohne Weiteres das Erkenntniss zu Gunsten des Appellaten abgeändert. Es haben hierbei erhebliche Bedenken vorgewaltet und es wurde besonders geltend gemacht, dass eine solche Abänderung nur bei wirklichem Appellationsverfahren Statt finden dürfe. Trotzdem ist die entgegengesetzte Ansicht auf Grund eines Ministerialrescriptes vom 2. Juli 1822, welches sich ausdrücklich auf L. 39. cit. und das bisher geltende Reeht bezieht, durchgedrungen [15]).

Ad II. Bei begründeter Beschwerde. Auch in einem solchen Fall ist dem Oberrichter gestattet, sofort durch abänderndes Decret den Beschwerden des Appellanten ohne Vernehmlassung des Appellaten abzuhelfen. Es ist von Linde nachgewiesen, dass ein abänderndes Decret in dieser Lage der Sache eigentlich wegen des Verfahrens bei den Reichsgerichten unmöglich war, weil diese erst durch Erkennung der Appellatiosprocesse competent waren, in die Sache selbst einzugreifen [16]).

Trotzdem finden sich dergleichen Verfügungen und zwar in der Weise, dass der Reichshofrath auf die Appellationsprocesse erkannte, aber ihre Expedition aufschob, indem er dem Unterrichter mittelst Rescripts den Befehl ertheilte, die Beschwerde abzustellen, und das Reichskammergericht überhaupt unter gleichem Rescript die Appellationsproeesse zur Zeit abschlug [17]). Es finden sich solche Abänderungen nur im Interesse des Appellanten und waren überhaupt nur da möglich, wenn der Unterrichter selbst noch die Beschwerde abhelfen konnte, also nur bei Extrajudicialappellation und bei einem einfachen Interlocut [18]). In der gemeinrechtlichen Praxis finden sich aber dergleichen ab-

---

15) v. d. Nehmer, Bd. II. S. 11—23, 24. Wetzell will überhaupt nur dem Oberrichter die Bestätigung, nicht auch die Abänderung des ersten Erkenntnisses auf einseitigen Vortrag gestatten. Der gemeinrechtliche — wenn auch nicht durch die Praxis der Reichsgerichte erwiesene — Charakter dieser abändernden Decrete ist aber durch Linde, S. 123, bezeugt.

16) Linde, S. 116 ff.

17) Linde, S. 122. Wetzell, S. 602 Not. 4.

18) Dies hebt Linde nicht hervor und verkennt somit ganz den Charakter dieser reichsgerichtlichen Ordinationen, die er als processualische Ungeheuer bezeichnet, a. a. O. S. 121.

ändernde Verfügungen ganz allgemein, ohne Beschränkung auf die erwähnten Fälle vor und es werden als Gründe hierfür die Ersparniss von Zeit und Kosten angegeben. Quod circa licet, sagt Mevius[19]), ordinarie citatio et compulsoriales interposita appellatione decerni, postea acta edi, iis lectis relevantia gravaminum expendi eaque dejudicari solent, tamen haec omnia omitti posse existimavimus, ubi talium nulla erat necessitas, nullus usus, sed illico ad narrata sine cujusquam praejudicio decidi et praescribi potuit, quod justum atque rationabile[20]). Es ist nun klar, dass eine solche Verkürzung des Verfahrens trotz der erwähnten Vortheile immerhin gewagt erscheint, und daher einer sorgfältigen Prüfung bedarf. Nach Almendingen[21]) und Linde[22]) werden als Vorbedingungen angegeben:

1. Dass aus den Voracten die vollständige Vertheidigung des Appellaten gegen das Vorbringen des Appellanten ersichtlich ist und dies soll anzunehmen sein, wenn

a) das Factum völlig klar in den Voracten feststeht,

b) der Unterrichter nur in der Anwenduug des Gesetzes fehlte,

c) Appellant seine Beschwerden nicht auf neue Thatsachen gründet und

d) auch nicht durch neue Rechtsausführungen rechtfertigt,

2. dass aus den Voracten die Unmöglichkeit der Rechtfertigung des vorigen Urtheils durch neue Ausführung und neues Vorbringen Seitens des Appellaten erhellt und

3. dass der Oberrichter annehmen darf, es werde Appellat das vorige Urtheil nicht durch eigene Beschwerden angreifen können. Dieses letzte Erforderniss führt wiederum zur Gemeinschaft des Rechtsmittels; denn es können gerade auch hier Fälle eintreten, in denen eine Verletzung des Appellaten offenbar ersichtlich ist. Uebereinstimmend nimmt man an, dass hier die

---

19) Decis. I. dec. 66.

20) Cf. P. VIII. d. 221. Pufendorf, Obs. III. 215. §. 97. Linde, S. 114 f.

21) Metaphysik, S. 202 ff.

22) II. 132—141.

Anwendung von L. 39. C. angezeigt ist[23]) und es sind daher die einzelnen Punkte näher zu beleuchten.

1. Rücksichtlich des Zeitpunkts, in welchem die Gemeinschaft bei dieser Lage des Verfahrens eintritt, habe ich bereits gesprochen.

2. Hinsichtlich des Umfanges, in welchem der Oberrichter die Rechte des Appellaten wahrzunehmen hat, ob nur in Bezug auf den von dem Appellanten angegriffenen Punkt oder auch ohne Rücksicht darauf hinsichtlich Beschwerden jeglicher Art lässt sich, wie bereits bemerkt[24]), eine Entscheidung nach Römischem Recht nicht fällen, es ist aber anzunehmen, dass die weiter unten zu erwähnende Praxis auch hier die Gemeinschaft nur bei connexen Beschwerden eintreten lässt.

3. Da die abändernde Verfügung der höheren Instanz ohne Vernehmlassung des Appellaten eintritt, so fällt in diesem Stadium des Processes die Streitfrage über das Verhalten des anwesenden und abwesenden Appellaten weg. Wie im Römischen Process, so ist auch hier der Richter angewiesen, partes absentis adimplere, eine Berücksichtigung, welche zur reformatio in melius appellati führen muss und höchstens aus den das Decret begleitenden Gründen erkennbar wird.

4. Ganz wie im Römischen Process[25]) tritt der Appellationsrichter nach Kenntnissnahme von den Beschwerden und Anträgen des Appellanten in die materielle Entscheidung der Sache. Dass er über jene hinaus nicht urtheilen durfte, versuchte ich bereits oben nachzuweisen und ich darf auch hier das Gleiche behaupten, ohne in die fernere Erwägung, ob nicht im gemeinrechtlichen Verfahren dasselbe bereits durch die Verhandlungsmaxime bedingt ist, näher einzugehen.

5. Da nach Beginn der Appellations-Rechtfertigung durch den Appellanten ein einseitiger Verzicht desselben auf Grund von

---

[23]) Linde, II. S. 139. Wetzell, S. 603. Renaud, S. 525, 679. Bayer, S. 1065. Sintenis, I. 448, 473. Martin, §. 276. v. d. Nehmer a. a. O. Bd. II. S. 11—24.

[24]) B. §. 3.

[25]) B §. 5.

L. 5. §. 4. und L. 6. C. 7, 63. nicht mehr gestattet ist[26]), so entspricht es sowohl der von Justinian in L. 36. C. eingeführten Gemeinschaft als auch dem Umstande, wonach gemeinrechtlich die Einführungsschrift die Angabe bestimmter Beschwerden und deren Rechtfertigung enthalten muss, dass nach deren Einreichung der Appellant seine Beschwerde nicht mehr zurückziehen kann. Es kommt daher nicht auf die Insinuation des Communicativdecretes an — wie Renaud, Wetzell u. A. meinen — sondern nach dem Wortlaut von L. 36. C. nur auf die dort beschriebene Thätigkeit des Appellanten. Würde man der Ansicht jener Schriftsteller beistimmen, so wäre es auch möglich, dass noch nach dem vom Oberrichter gefällten Decret der Appellant seinen Angriff gegen das Urtheil zurückziehen dürfte. Damit widerlegt sich auch die Ansicht derjenigen, welche, wie z. B. Gönner, den Zeitpunkt des Eintritts der Gemeinschaft noch weiter hinausschieben. Von demselben Augenblick aber, in welchem ein Verzicht des Appellanten für den Appellaten unnachtheilig wirkt, kann auch eine Desertion der Appellation des Ersteren dem Letzteren nicht mehr schaden. Hat ferner der Appellat selbsständig das erstrichterliche Urtheil angegriffen und nach der Einwendung der Appellation sich desselben begeben oder es desert werden lassen, so darf doch der Oberrichter — auch wenn er durch die von dem ersten Richter eingeforderten Acten Kenntniss davon erhält — in diesen Handlungen keinen Verzicht auf die Wohlthaten der Gemeinschaft ohne Weiteres erblicken, da ich nachzuweisen versuchte, dass ihnen eine solche Bedeutung im Allgemeinen nicht beizulegen ist. Endlich fällt die als Hinderniss der Appellations-Gemeinschaft aufgeführte Anfechtung der Formalien durch den Appellaten hier weg, da diesem überhaupt nicht Gelegenheit zur Vernehmlassung gegeben ist.

6. Die vorgetragenen Grundsätze erleiden auch keine Aenderung, wenn jede der beiden Parteien selbstständig Appellation eingelegt hat, also der Fall der sog. Principal-Adhäsion vorliegt, die sich in keiner Weise von der gewöhnlichen Appellation unter-

[26]) B. §. 6.

scheidet. Dagegen ist es denkbar, dass der Appellat zur Vernehmlassung aufgefordert, Abänderungen des ersten Erkenntnisses zu seinen Gunsten beantragt, d. h. accessorisch adhärirt; vorausgesetzt ist wiederum, dass die Appellation an den Oberrichter erwachsen ist, weil ohne solche überhaupt keine Adhäsion stattfinden kann. Linde, II. S. 149 behauptet, dass dem Appellanten gegen solches Vorbringen dieselbe Vertheidigung zu gestatten sei, die umgekehrt dem Appellaten gebühre, sowie, dass der höhere Richter die gleiche Befugniss habe, auf diese einseitige Handlung Verfügungen zu treffen, ohne den Adhäsen — wie man den Gegner des Adhärenten nennt[27]) — zu hören. Ich finde diese Frage sonst nirgend berührt. Nimmt man an — wie Linde thut, aber in der gemeinrechtlichen Praxis, wie gezeigt werden soll, nicht üblich ist — dass die Adhäsion auch auf andere, als die vom Appellanten angegriffenen Punkte sich beziehen kann, so wäre die obige Behauptung eher wahrscheinlich. Dies findet aber nicht Statt und von einseitigen Verfügungen kann überhaupt nicht mehr die Rede sein, da schon Appellationsprocesse erkannt sein müssen, ehe überhaupt Appellat sich vernehmen lassen kann[28]). Verlangt nun Appellat hinsichtlich des angegriffenen Punktes Abänderung zu seinem Vortheil, so liegt dem Oberrichter bereits durch das Vorbringen des Appellanten in derselben Sache das vollständige Material vor, über das die Entscheidung nicht mehr bloss in einer Verfügung, sondern in einem Erkenntniss erfolgen muss. Es bleibt dabei dem Ermessen des Urtheilenden überlassen, ob er wegen des neuen Vorbringens des Appellaten eine fernere Aeusserung des Appellanten für erforderlich hält oder nicht, keineswegs aber lässt diese ganze Sache einen Vergleich mit den auf einseitigen Vortrag erlassenen Verfügungen zu.

Nach diesen Erörterungen gelange ich zu folgendem Ergebniss. *Da nach gemeinem deutschen Process der Oberrichter die Befugniss hat, nach erhaltener Kenntniss von den Beschwerden des Appellanten ohne Vernehmung des Gegners eine materielle Ent-*

27) Jordan bei Weiske, I. 119.

28) Linde, II. 92. Renaud, S. 675.

scheidung zu treffen, so sind in dieser Lage des Rechtsstreites alle diejenigen Grundsätze zur Anwendung zu bringen — soweit nicht Ausnahmen gemacht sind, die sich aus der Natur der Sache ergeben — welche Justinian in L. 36. C. aufgestellt hat.

Das regelmässige Verfahren.

§. 4.

a. In welchem Zeitpunkt ist die Gemeinschaft der Appellation begründet?

Nach Römischem Verfahren ergab sich als Zeitpunkt des Eintrittes der Appellations-Gemeinschaft die Einführung der Appellation bei dem Oberrichter in Verbindung mit der Aufstellung bestimmter Beschwerden. Nach dem älteren Cameralprocess fiel diese Rechtfertigung auf den ersten Termin und auch nach J. R. A., wonach Appellant bereits mit der Supplicatio pro processibus seine Beschwerden einzureichen hatte, wird dennoch der erste Termin, in welchem Appellat, der aussergerichtliche Kenntniss von der Appellation und den Beschwerden erhalten hatte (sog. introductio extrajudicialis), alle seine Einwendungen vorzubringen hat, als die Einführung der Appellation bezeichnet[1]). Nach heutigem gemeinen Prozess gilt als Vorschrift, dass der Appellant nicht nur die beschwerenden Punkte in der Einführungsschrift angeben, sondern auch damit die Rechtfertigung verbinden muss. Die Frist, innerhalb deren diese einzureichen ist, muss zunächst vom Unterrichter bestimmt werden, im Subsidium aber binnen 6 Monaten geschehen[2]). Es ist nun streitig, wann die Einführung als vollzogen gilt[3]). Wie erwähnt, wollen Renaud

1) Wiewohl dies nach den Veränderungen des J. R. A. zweifelhaft war, so wurde doch der aussergerichtlichen Einführung nur die Bedeutung beigelegt, dass Appellat sogleich paratus in judicio gegenwärtig sein konnte, pro solemnitate judicii inchoandi aber der erste Termin betrachtet. Pütter, Opusc. XII. C. 1. §. 14—17. Wetzell, S. 581.

2) Wetzell, S. 582. Renaud, S. 673. Endemann, S. 923. K. G. O. von 1555. III. 30. §. 2. Sintenis, I. 464.

3) Die verschiedenen Ansichten bei Schmid, Handb. III. §. 232. Not. 22.

und Wetzell dieselbe erst mit der Mittheilung der Einführungsschrift an den Appellaten als vollendet ansehen, weil nach gem. Recht, auch noch im J. R. A. die Gegenwart des Appellaten im ersten Termin erfordert wird, trotzdem bei Contumacia der Parteien einseitig der Process weiter geführt werden kann. Allein jene Bestimmung des J. R. A. war auf ein mündliches Verfahren und die Gegenwart beider Theile vor Gericht berechnet und nur insofern hat die „Reproduction der ausgegangenen Appellationsprocesse und die Justification der formalia mit Vorbringung actorum" (J. R. A. §. 58.) einen Sinn. Im schriftlichen Verfahren fällt dies aber weg und ich versuchte bereits nachzuweisen[4]), dass auch die gemeinrechtliche Praxis diese Ansicht nicht angenommen hat, da sonst von abändernden Verfügungen zu Gunsten des Appellaten auf einseitigen Vortrag des Appellanten nicht die Rede sein kann. Wo endlich die Praxis ist, dass der Appellant nur in die Introductionsschrift die Aufstellung seiner Beschwerden aufzunehmen braucht[5]) und sich für die Rechtfertigung noch einen besonderen Termin erbitten darf, muss in Uebereinstimmung mit den Vorschriften der L. 36. C. cit. behauptet werden, dass schon mit der ersteren, vorausgesetzt immer, dass der Oberricher die Appellation annimmt, die Gemeinschaft der Appellation eintritt. Dieser entspricht die Vorschrift des Gesetzes: si appellator semel in judicium venerit et causas appellationis suae proposuerit, so dass für den heutigen Process die oben B. §. 2. sub I. dargestellte Ansicht, da eine Einführung ohne Angabe bestimmter Beschwerdepunkte unmöglich ist, sich mit der von mir a. a. O. sub II. gebilligten identificirt.

§. 5.

b. Der Umfang der Appellationsgemeinschaft.

Während es nach Römischem Recht zweifelhaft war, ob durch die eingelegte Appellation das ganze Urtheil von der Rechtskraft suspendirt werde und die Angabe bestimmter Beschwerden nöthig

---

4) Oben §. 3. Text zu Not. 13. Vgl. auch Sintenis, I. 467.

5) Danz, §. 435. Martin, §. 288. Renaud, S. 673. Endemann, S. 922.

sei, kann es als unbestrittener Satz in Theorie und Praxis des gemeinen Processes gelten, dass die specielle Aufstellung von Beschwerden für nothwendig gehalten und für alle diejenigen Punkte des Urtheils Rechtskraft angenommen wird, gegen welche nicht bestimmt Angriffe erhoben sind, sowie endlich, dass eine spätere Aenderung einmal gerügter Theile unzulässig ist[1]). Dieses Resultat der gemeinrechtlichen Entwicklung — wenn es gleich eine freiere Beurtheilung der Sache durch den Oberrichter hindert — muss natürlich auch auf den Umfang der Appellations-Gemeinschaft seine Wirkung äussern und zwar soll hier zunächst die Frage betrachtet werden, wie weit sich das Recht zur Adhäsion erstrecke.

Darin nun stimmen alle Schriftsteller überein, dass, wenn ein Urtheil mehrere an sich verschiedene Streitgegenstände enthält, das gegen den einen ergriffene Rechtsmittel keineswegs die Rechtskraft der anderen hindere, und dass in Bezug auf letztere die Adhäsion unstatthaft sei[2]); als Grund wird schon von der Glossatorenzeit angegeben: quia separatorum nulia est conjunctio und als getrennte Punkte diejenigen bezeichnet „quae diversitate factorum separationem recipiunt (Baldus). Als Beispiel hierfür wird von den Schriftstellern besonders der Fall der objectiven Klagecumulation oder der Rechnungsprocess erwähnt, in welchem nur ein Theil der Posten für liquid erklärt und der Verklagte zu deren Herausgabe verurtheilt wird[3]).

Im Uebrigen gehen die Meinungen auseinander.

Die älteren Juristen gestatten die Adhäsion nur in Bezug auf denselben vom Appellanten angegriffenen Punkt oder einen

---

1) Linde, Zeitschr. f. C. R. u. Pr. Bd. 9. S. 331; so schon Mevius, I. 65. III. 106. und Andere vorher.

2) Linde, Arch. 19. S. 502. Rechtsmittel, II. 270. Schmid, Handb. III. 458 ff. Zeitschr. N. F. IV. 45. Claproth, II. 616. Mehlen, §§. 14. 15. Gönner, III. 157. Mittermaier, Arch. VII. S. 98. Heffter, System §. 450. Arnold, Arch. 28. S. 75. Stryk, Diss. a. a. O. S. 1349. Pufendorf, C. 1. §. 19. Boerii Decis. Burdegalenses, dec. 72. Ant. Faber, Cod. Fabr. def. Lib. VI. Tit 26. def. 20. p. 848. Tuldenus, Comment. Lib. VII. Tit. 62. No. 8. S. 520. Durantis spec. jur. P. II. Lib. II. Part. 3. No. 13. bei Sintenis, I. 470. und Sartorius, S. 349, und Baldus ad l. Ampliorem bei Sartorius a. a. O.

3) Wetzell, S. 590. Arnold a. a. O. S. 76.

mit diesem im Zusammenhang stehenden. Solum circa idem capitulum, sagt Baldus[4]) non est necessaria reconventio d. h. die adhaesio, woraus folgt, dass sich darauf die Appellations-Gemeinschaft unzweifelhaft erstreckt. Auch Durantes gestattet die Adhaesion nur ex eadem causa[5]) und es wird dabei noch ausdrücklich hervorgehoben, dass wenn die causae connexae in dem Verhältniss von Haupt- und Nebenpunkt stehen, die Appellation von dem letzteren zur Adhäsion gegen den ersteren nicht berechtige, nach dem Grundsatze: accessorium sequitur rem principalem, der aber in seiner Umkehrung nicht gelte[6]). Als Folgerungen dieses Princips sind noch folgende Sätze zu betrachten:

a) hat Appellant gegen ein verschiedene Punkte umfassendes Urtheil schlechthin Appellation eingelegt (sog. appellatio simpliciter interposita), so bleibt auch dem Appellaten die Adhäsion in weitestem Umfange offen[7]);

b) die Connexität ist nicht bloss aus demselben Streitgegenstand (connexitas summae), sondern auch aus derselben causa petendi zu beurtheilen[8]) und entsteht auch dann, wenn aus derselben Thatsache mehrere Ansprüche entstehen (connexitas facti), z. B. wenn Kläger in Folge einer Handlung des Verklagten die actio injuriarum und leg. Aquiliae anstellt, so kann er, falls ihm die Injurienklage verweigert ist, deswegen adhäriren, wenn auch Appellat sich nur propter aestimationem damni ex lege Aquilia beschwert[9]).

---

4) Bei Sartorius, S. 349.

5) Bei Sintenis, I. 470. „Verum est super eo capitulo, in quo est appellatum vel connexo, non in alio, bes. mit Bezug auf L. 29. §. 1. D. 4, 4. (Glosse).

6) Baldus: „Secundum tamen est, quod si unum capitulum est principale, aliud secundarium, si a primo incipias illud capitulum est separatum, secus si a secundo quia illud non stet per se. (Sartorius, S. 349.) Ebenso die Not. 2 angeführten Aelteren, besonders noch Textor, De benef. adh. §. 21. Scaccias, De app. qu. 17. p. 462. Not. 25. Pütter, C. 1. §. 20. p. 492 f. Wernher, Obs. P. VII. Obs. 223. S. 318. Daher verhilft die Appellation über die Kosten nicht dem Gegner zur Adhäsion in der Hauptsache.

7) Pütter, C. 1. §. 19. S. 491.

8) Pütter, C. 1. §. 20. S. 492. Stryk, Diss. C. III. p. 1348.

9) Pütter, C. 1. §. 20. S. 493. Dagegen besteht trotz Cumulation von Possessorium und Petitorium keine Connexität zwischen diesen, L. 12. §. 1. D. 41, 2

Zu diesen Erwägungen trat noch die Berufung auf die bereits besprochene L. 29. §. 1. D. de minor 4, 4., so dass als Resultat der Entwicklung die fast ausnahmslos beobachtete Praxis angegeben werden kann, dass eine Befugniss zur accessorischen Adhäsion sowohl bei End- als auch bei Zwischenurtheilen nur hinsichtlich der Streitpunkte, gegen welche die Appellation gerichtet ist oder die mit jenen unzertrennlich zusammenhängen, Statt findet[10]).

In neuerer Zeit ist man jedoch von dieser Entwicklung wieder abgewichen und zwar hat besonders Linde behauptet, dass wie im Römischen Recht, so auch noch heut zu Tage die Adhäsion sich auf alle Theile des Urtheils erstrecken dürfe[11]) und dieser Ansicht ist ohne Hinzufügung neuer Gründe auch Schmid gefolgt[12]).

Endlich hat Arnold den Begriff der Connexität in dem Sinne aufgefasst, dass, da nach seiner Meinung durch die Appellation ein bestimmtes Rechtsverhältniss an den höheren Richter gebracht wird und damit auch Alles, was zu diesem Rechtsverhältniss seiner Natur nach gehört und schon dem vorigen Richter zur Entscheidung vorgelegt war, in Zusammenhang steht, sich auf dieses Alles auch die Befugniss zur Adhäsion beziehen müsse[13]).

Arnold knüpft an dieses von ihm ausgesprochene Princip ver-

---

10) Wetzell, S. 591. Renaud, S. 522. Bayer, S. 1065. Endemann, S. 914. Sintenis, I. 448. 462. 473. Heffter, Syst. §. 454. Inst. S. 475. Gensler, Comm. II. 121. Martin, §. 276. Vorles. S. 374. Berg, S. 393. Biener, II. §. 178. Osterloh, II. 193. Jordan bei Weiske, I. 120. Koch, Pr. Civ. Pr. S. 618. Gönner, III. 158. Dieser Praxis schloss sich auch das O. A. G. zu Wiesbaden (v. d. Nehmer, II. S. 7) und Lübeck an (Seuffert, VIII. 203). Derselben Ansicht ist auch Mehlen, §§. 14. 15., der nur L. 39. C. im weitesten Umfang erklärt — s. oben B. § 3. — dagegen die im Text vorgetragene Meinung als durch den Gerichtsgebrauch hervorgerufen bezeichnet. Wenn also Wetzell meint (S. 59, Not. 65), dass Mehlen zu den Bestimmungen des R. R. zurückgekehrt sei, so ist dies gewiss ein Irrthum.

11) Linde, Arch. 19. S. 498 ff. Rechtsmittel, II. 265—275.

12) Handbuch III. 458 ff. Ztschr. IV. 45 f.

13) Arch. 28. S. 82. Es ist daher wiederum unrichtig, wenn Wetzell a. a. O. Arnold ganz derselben von Linde aufgestellten Ansicht sein lässt; vielmehr scheidet sich dieser selbst, S. 74, ausdrücklich von jener aus. Vgl. auch Arch. Bd. 33. S. 153.

schiedene Erläuterungen, die hauptsächlich Entscheidungen des Ober-Appellationsgerichts von München entlehnt sind[14]).

Gegenüber den Nachweisungen einer seit der Glossatorenzeit vorhandenen constanten Praxis wird die von Linde und Schmid vertheidigte Meinung nicht gebilligt werden dürfen, aber auch Arnold geht zu weit, wie sich auch durch die Beleuchtung nur weniger von ihm gegebener Fälle zeigen wird. Denn nicht das ganze Rechtsverhältniss wird, wie es der ersten Entscheidung unterbreitet war, an den höheren Richter gebracht. Schon dadurch, dass in so weitem Maasse die Appellation gegen Zwischenurtheile gestattet war, wurde dem höheren Richter mit der Rechtskraft jener die Freiheit der Bewegung genommen und es musste nothwendig daraus folgen, dass er in seiner Prüfung nur auf die von dem Appellanten angegriffenen Theile des Erkenntnisses beschränkt war[15]), und dass er dieselbe nur dann auf andere ausdehnen konnte, wenn mit jener auch noch eine neue Untersuchung über diese verknüpft war. Beschwert sich z. B. Kläger wegen der Beweisauflage im Klagepunkt, so kann der Verklagte, dessen Einreden gegen jene Klage verworfen wurden, nach einer Entscheidung des O. A. G. in München[16]), die Arnold billigt, auch wegen dieser Verwerfung adhäriren, weil sowohl Klage als Einrede dasselbe Rechtsverhältniss betreffen. Allein dann wäre überhaupt die bestimmte Angabe specieller Beschwerden unnöthig; man wird vielmehr die Adhäsion in diesem Fall zurückweisen müssen, weil der Oberrichter nur die Beweisauflage hinsichtlich der vom Kläger vorgetragenen Thatsachen zu prüfen hat und mit dieser Prüfung eine Untersuchung über die Zulässigkeit der Ein-

---

14) a. a. O. S. 82—85. Hierbei ist zu bemerken, dass die Vorschrift der Bayerischen Gerichtsordnung, C. 15. §. 9.: „durch die Appellation wird die Streitsache sammt Allem, was davon abhängt, an den höheren Richter devolvirt“, dem Appellationsrichter einen sehr weiten Spielraum gewährt.

15) Wetzell, S. 592. Damit stimmt überein die constante Praxis des O. A. G. zu Oldenburg: „Durch Adhäsion können nur solche Punkte zur Beschwerde gezogen werden, welche gerade durch die Appellation angefochten sind, oder doch mit einem so angefochtenen Punkte untrennbar zusammenhängen, über welche also das höhere Gericht in Folge der erhobenen Beschwerde des Appellanten erkennen kann. Seuffert, Arch. Bd. 18. No. 78. S. 115.

16) Blätter f. Rechtsanwendung, Bd. 9. S. 400. Arnold, a. a. O. S. 84.

reden nicht zusammenhängt, wohl aber könnte Verklagter deswegen adhäriren, dass überhaupt die Klage zugelassen oder dass eine wesentliche und bestrittene Thatsache ohne Weiteres als erwiesen angenommen und nicht vielmehr zum Beweis gestellt worden ist[17]).

Bei einer Cumulation von Klagen, sei es, dass sie aus derselben Thatsache, aber aus verschiedenen Rechtsverhältnissen stammen, oder aus demselben Rechtsverhältnisse herrühren, lässt ebenfalls Arnold bei der Appellation gegen die eine die Adhäsion gegen die andere zu; aber auch dieser Satz ist in seiner Allgemeinheit unrichtig und es wird sich vielmehr darum handeln, ob mit der Prüfung der einen Klage auch eine solche der anderen verbunden ist[18]). Der von Arnold angeführte Fall der Rechtssprechung des O. A. G. von München[19]) betrifft die Anfechtung eines Testaments als nichtig eventuell bezüglich der directen Erbeseinsetzung als ungültig. Der Richter hatte den Grund der Nichtigkeit verworfen, wegen des eventuellen Klagegrundes aber einen Beweissatz normirt, gegen welchen Verklagter, der Entbindung auch von diesem Punkt verlangt, appellirte. Hier soll dem Appellaten die Verfolgung der Nichtigkeit adhaerendo gestattet sein. War z. B. die Nichtigkeit wegen mangelnder Testamentsfähigkeit behauptet und eventuell als Ungiltigkeit der Erbeseinsetzung angegeben, dass ein Descendent nicht eingesetzt sei, so ergiebt sich offenbar, dass wenn der erste Richter über letztere Behauptung auf Beweis erkannte, der Oberrichter auf die Prüfung der behaupteten Nichtigkeit gar nicht einzugehen hat. Die anderen von Arnold gegebenen Beispiele aus der Praxis treffen auch mit der von mir angenommenen Ansicht zusammen, so z. B. dass Appellat, wenn dem anderen Theil auferlegt ist, zwei Beweissätze cumulativ zu erweisen und er gegen den einen Satz appellirt hat, wegen des anderen adhäriren kann[20]), weil der Beweissatz ein Ganzes bildet und man nicht die einzelnen Posi-

17) Vgl. Wetzell, S. 593.
18) Wie dies oben der Fall ist in dem Beispiel zu Not. 9.
19) Blätter f. Rechtsanwend. Bd. 9. S. 399. Arnold, S. 84.
20) Erk. des O. A. G. von München, bei Arnold, S. 85.

tionen desselben für unabhängige, besondere Theile des Erkenntnisses halten kann[21]).

Es zeigt sich also, dass ausser der angegebenen Maxime sich feste Regeln, wenn Punkte für connex zu halten sind, mit absoluter Bestimmtheit nicht aufstellen lassen[22]), die jedesmalige Entscheidung vielmehr unter Innehaltung der gezogenen Grenze dem richterlichen Ermessen unterliegt[23]).

§. 6.

c. Anwesenheit und Abwesenheit des Appellaten.

Die Untersuchung über die Vorschriften Justinians führten zu dem Ergebniss, dass der anwesende Appellat seine Einwendungen gegen das erste Urtheil vorbringen, dass aber für den abwesenden der Richter dessen Stellvertretung übernehmen müsse.

Da die entgegengesetzten Ansichten über die Gleichstellung von An- und Abwesenheit und die Auffassung dieser Stellvertretung bereits widerlegt sind, eine Berücksichtigung der Interessen des Appellaten also unstatthaft ist, wenn dieser in seiner Vernehmlassung Anträge auf Abänderung zu seinen Gunsten nicht gestellt hat — so bleibt nur noch die Frage zu untersuchen, ob dieser von Justinian begünstigte Fall der Abwesenheit auch noch im heutigen Process Anwendung findet.

Eine wörtliche Ausführung des partes adimplere, wie sie im Römischen Process bestand, d. h. die Formirung von Anträgen für den Appellaten und die Protocollirung derselben durch den Richter war nur im mündlichen Verfahren möglich; denn von einer Abwesenheit des Appellaten kann im schriftlichen Process nicht die Rede sein[1]); um in Schriftsätzen zu verhandeln, hat

---

[21]) So erkannte auch das O. A. G. von Lübeck unter dem 17. Nov. 1836. Seuffert, Arch. Bd. VIII. No. 203. S. 294.

[22]) Dasselbe ist auch hinsichtlich der Connexität von Forderungen im materiellen Recht der Fall, vgl. Förster, Theorie und Praxis, I. S. 778 (2. Aufl.).

[23]) Vgl. Endemann, S. 915.

[1]) Renaud, S. 524. Sartorius, S. 326. Mit Unrecht will Linde, Arch. Bd. 33. S. 175, in dem partes adimplere nichts Anderes als die Anweisung an den Richter sehen, dass er sich „gründlich und gewissenhaft den actenmässigen Stoff aneigne". Das würde aber den Worten zu sehr widersprechen.

Niemand nöthig, vor Gericht zu erscheinen. Sartorius hat nun nachgewiesen, dass das partes adimplere in seiner römischen Processbedeutung gerade vermöge der Ausbildung des schriftlichen Verfahrens keinen Eingang in Deutschland gefunden hat, dass vielmehr schon von Durantes her zur Reformatio in pejus eine Erklärung des Appellaten erfordert wurde[2]), dass aber auch andererseits schon von Baldus de Ubaldis das partes adimplere als die wirkliche Abänderung zu Gunsten des Appellaten von Amtswegen aufgefasst wurde, vorausgesetzt, dass dieser aus entschuldbaren Gründen (echter Noth) abwesend war, eine Ansicht, die sich noch heut vielfach erhalten hat[3]). Stets wurden aber von den Gelehrten jene Fälle ausgeschieden, in denen selbstverständlich und ohne Antrag der Partei der Richter von Amtswegen in pejus reformiren könne. Nämlich:

1. soll nach der bereits besprochenen L. 10. C. 7, 64[4]) der Oberrichter bei Appellation des Verklagten ohne Antrag des Appellaten diesem die Kosten zusprechen dürfen. Sintenis[5]) hält diese Vorschrift heut für unanwendbar, weil nach seiner Ansicht der Oberrichter niemals ohne Antrag zu Gunsten des Appellaten sprechen dürfe, doch wird das Gegentheil in der Praxis der Gerichte bezeugt[6]) und damit ist die Anwendung dieser singulären Vorschrift trotz des Verhandlungsprincips geboten.

2. hat der Oberrichter vermöge seiner Obliegenheit, die Formalitäten des Verfahrens zu wahren, überall das Recht und die Pflicht ohne Rücksicht auf die Anträge der Parteien bei vorhandener Nichtigkeit das erste Urtheil abzuändern[7]), ebenso anerkannt ist es, dass der Oberrichter in denjenigen Punkten, welche

---

[2]) Sartorius, S. 326—334, wegen Durantis spec. P. II. Tit. II. part. 3. tit. de app. No. 13. s. Sartorius a. a. O. S. 333 Not. 20. Sintenis, Erl. I. S. 470.

[3]) Sartorius, S. 335—338.

[4]) Oben A. §. 1.

[5]) Erl. I. 442. Not. 1.

[6]) Puchta, Grenzen des Richteramts, S. 99.

[7]) Vgl. unten §. 9. Arnold, S. 86. Pufendorf, Obs. II. 119. S. 459. Mittermaier, Arch. VII. S. 105. Gensler, II. 119.

von dem Verzicht der Parteien unabhängig sind, oder, wo das öffentliche Wohl es verlangt, „cum ideo quoque magistratus instituti sunt, ut curam legum habeant," von Amtswegen sprechen darf[8]).

3. erfordert es die dem Oberrichter ebenfalls obliegende Pflichl, die Processe abzukürzen und überall da von Amtswegen das erste Urtheil abzuändern, wo weitere Verhandlungen theils nur die Sache verschleppen würden, theils erfolglos wären. Sieht der Oberrichter, dass judex a quo, wie Pufendorf sagt[9]), perperam et sine ulla ratione geurtheilt habe, so muss er dieses Urtheil von Amtswegen aufheben und ein anderes an dessen Stelle setzen. Als Fälle dieser Reformation werden angeführt, wenn in erster Instanz auf einen irrelevanten Beweis[10]) oder Eid[11]) erkannt worden, oder ein Punkt der Klage ad separatum verwiesen, deren Liquidität der Oberrichter bereits festgestellt findet[12]), oder das erste Urtheil einen in connexen Acten bereits erhobenen Beweis, der sich auch auf die neue Klage bezieht, ganz unberücksichtigt lässt[13]).

Zeigt sich in diesen Punkten über die Gemeinschaft des Rechtsmittels unter den Gelehrten Einhelligkeit, wenn sie auch darüber abweichen, ob diese Fälle zu der reformatio in pejus zu rechnen sind[14]), so sind sie uneinig, inwieweit auch sonst

---

8) Gönner, III. S. 152. Sartorius 85. Ueberhaupt s. Renaud, S. 525. Seuffert, Comm. üb. die Bayer. Ger. O., 2. Aufl. 4. Bd. S. 127. Pufendorf a. a. O. S. 459, z. B. wenn ein feuergefährlicher Bau gestattet ist.

9) Observat. jur. univers. P. II. obs. 119. S. 457. Vgl. auch Seufferts Arch. Bd. 16. No. 153. S. 266; hier spricht das O. A. G. zu München im Erk. vom 3. Juli 1855 das im Text angegebene Princip aus.

10) Pufendorf, Obs. II. 119. S. 457. Mittermaier, Arch. VII. S. 99f. Seuffert, Arch. Bd. 12. No. 218. Ein Erk. des O. A. G. zu München vom 12. Jan. 1858 streicht ohne Beschwerde des Klägers auf die Berufung des Verklagten den dem Ersteren auferlegten Erfüllungseid, weil der Beweis völlig erbracht sei.

11) Pufendorf, a. a. O. Mittermaier, a. a. O. S. 100—104.

12) Urtheil des Hannöv. Tribunals vom 8. Juni 1746. Pufendorf, a. a. O, Kind, Quaest. for. II. p. 368. Mittermaier, a. a. O. S. 104.

13) Urtheil des Hannöv. Tribunals vom 24. Sept. 1740. Pufendorf, a. a. O. S. 459. Mittermaier, a. a. O. S. 105.

14) Das thut Mittermaier und Renaud, während Arnold und Sartorius hier keine ref. i. p. annehmen.

noch der Oberrichter ohne Antrag zu Gunsten des Appellaten erkennen dürfe, und es haben sich hierüber folgende Meinungen gebildet:

Die Einen lassen die amtliche reformatio in pejus in demselben Umfang und Maasse, wie das Recht der Adhäsion, eintreten und zwar entweder in Bezug auf alle Theile des Urtheils mit Ausnahme der trennbaren Punkte bei Klagecumulation [15]) oder nur in Bezug auf die connexen der nochmaligen Prüfung des Oberrichters unterbreiteten [16]), die Anderen verwerfen die amtliche reformatio in pejus im heutigen Process überhaupt [17]) und eine dritte Ansicht steckt ihr engere Grenzen als der Adhäsion, indem sie erstere nur auf die mit dem Rechtsmittel devolvirten in unzertrennbarer Verbindung stehenden Punkte bezieht [18]).

Die Vertheidiger der ersten Ansicht (Note 15) beziehen sich vorzugsweise auf die Justinianeischen Bestimmungen, die sie als noch heut in Geltung anerkennen, sie nehmen den Begriff der Appellations-Gemeinschaft zur Voraussetzung und betrachten die Adhäsion und reform. i. p. als sich daraus ergebende Folgerungen. Sie rechtfertigen das amtliche Vorgehen des Oberrichters mit Rücksicht auf das materielle Recht, da sonst das höchste materielle Unrecht von dem Obergericht mit der Ueberzeugung von dem

---

15) Linde, Arch. 19. S. 493—497. Rechtsmittel, II. S. 257—265. Schmid, III. 460—463. Zeitschr. IV. 46—48. Berg, §. 320. Mehlen, S. 25, 37 f. Pütter, I. §. 7. Stryk, diss. a. a. O. Mittermaier, VII. 88. theilweise.

16) Wetzell, S. 589, 591, 593, und so auch Heffter, S. 550, welcher die reformatio in pejus, den allgemeinen Grundsätzen des deutschen Processes gemäss, an den Antrag des Appellaten gebunden sein lässt, aber Not. 129 hinzufügt: „vorbehaltlich der richterlichen officii im Fall einer Reformation zu Gunsten des Appellanten, wobei zugleich in den connexen Theilen das Recht des Appellaten zu berücksichtigen ist." Gönner, III. 169.

17) Martin, §. 276. Gensler, Comm. II. 122. Jordan bei Weiske, I. 120 f. Almendingen, Metaphys. S. 183 f. Osterloh, II. 193. Danz, §. 415. Not. 4. Sintenis, I. 448. 472 f. Seuffert, Arch. X. No. 315. Hier verwirft zwar das O. A. G. zu Lübeck durch Erk. v. 15. Jan. 1849 die ref. i. p., aber es scheint aus den Gründen hervorzugehen, dass dies nur wegen klar vorliegender contumacia geschieht. Sartorius, a. a. O. S. 344. Renaud, S. 524. Reinhardt, II. § 352. Grolmann, §. 211. Bayer, S. 1065. Endemann, S. 914.

18) Arnold, S. 74, 94 ff. stimmt hinsichtlich der reform. i. p. mit der Ansicht Not. 16.

Dasein desselben ausgesprochen werden müsste[19]). Sie finden besonders in L. 39. C. cit. nur eine Anwendung der allgemeinen Suspension und Devolution des ganzen Urtheils, über welches nur der Oberrichter als eine res integra zu entscheiden habe[20]). Endlich soll in dem Schweigen des Appellaten die Vermuthung liegen, dass er auf die ersten Acten submittire und stillschweigend eine Abänderung zu seinen Gunsten beantrage.[21]).

Die Verfechter der zweiten Meinung (Note 16), welche hinsichtlich der reform. in pej. mit der vierten (Note 18) übereinstimmen, tadeln zwar die Folgerung aus der allgemeinen Devolution; denn wenn auch die ganze Sache devolvirt werde, so beschränke sich doch die reformatio des Oberrichters durch die Beschwerden. Sie rechtfertigen aber das amtliche Eingreifen des Obergerichts aus seiner mit der Aufhebung des Urtheils verbundenen positiven Thätigkeit, wonach für ihn die Verhandlungen der ersten Instanz massgebend sind[22]). Endlich werden auch die Vorschriften Justinian's, dass der Richter secundum jura entscheiden müsse, dahin gedeutet, dass der Oberrichter über den speciellen Punkt nach Lage der Sache erkennen müsse und diese Ansicht durch Beispiele aus der Praxis beleuchtet.[23]).

Die Anhänger der dritten Ansicht endlich (Note 17) führen aus, dass auch in den Reichsgesetzen die Möglichkeit, von der Appellations-Gemeinschaft Gebrauch zu machen, geblieben und die Bestimmung der L. 39. C. unberührt erhalten sei[24]), sie behaupten aber, dass schon von der Glossatorenzeit eine Thätigkeit des Appellaten verlangt werde[25]), dass die von Justinian vor-

---

19) Mittermaier, VII. S. 88. So sagt schon der Jurist Odofredus (zwischen 1200 u. 1265) von L. 36. C.: „haec lex valde bona est", bei Sartorius a. a. O. S. 335 Not. 1.

20) Linde, Zeitschr. Bd. 9. S. 311 ff. und bes. S. 333 f. Mevius I. Dec. 245. Vgl. Sartorius, S. 341. Not 7.

21) Hierüber, sowie über die vorgetragenen Meinungen vgl. Sartorius a. a. O. S. 339—343.

22) Wetzell, S. 593, 594.

23) Arnold, S. 94—112.

24) Sintenis, I. 462.

25) Sintenis, I. 472.

geschriebene Stellvertretung mit der Verhandlungsmaxime und der Schriftlichkeit des Verfahrens im grellsten Widerspruch stehe [26]), dass durch die Rechtskraft die Beschwerdepunkte des unthätigen Appellaten rechtskräftig würden und ziehen endlich noch die Analogie des Verfahrens in erster Instanz herbei; die Appellation sei nichts als eine neue Klage, wie nun der erste Richter den Kläger nur abweisen nicht aber verurtheilen könne, so dürfe auch der zweite Richter nicht in pejus des Appellanten reformiren [27]).

Soll ich mich nun für eine dieser vorgetragenen Meinungen entscheiden, so muss ich mich zu der dritten bekennen, die richtig verstanden meines Erachtens am meisten den Grundsätzen des gemeinen Processes entspricht. Denn selbstverständlich ist es, dass der Oberrichter durch die im gemeinen Recht anerkannte Rechtskraft der ungerügten Punkte nicht so gebunden ist, um Erkenntnisse zu fällen, die, wenn sie auch streng der Verhandlungsmaxime entsprechen, zu Inconsequenzen und Absurditäten führen. Beschwert sich z. B. Verklagter über seine Verurtheilung in die Hauptforderung, anerkennt aber diejenige in die Verzugszinsen, so würde es offenbar widersinnig sein, wollte der Oberrichter letztere bestehen lassen, wenn die erstere fortfällt und umgekehrt, oder wird Jemand mit der actio de effusis et ejectis und injuriarum aus doppelter Thatsache in Anspruch genommen, beschwert sich aber nur über seine Verurtheilung in der letzteren, indem er jedoch die Thatsache selbst läugnet, soll dann der Oberrichter, wenn dies begründet ist, die Verurtheilung aus der actio de effusis et ejectis bestehen lassen? Niemand möchte dies behaupten. [28]).

Im Uebrigen aber hat die Darstellung des Römischen Rechtes, welches doch für unser Institut allein massgebend ist, meines Erachtens erwiesen, dass das partes adimplere des Oberrichters wörtlich aufzufassen und dass die allein in Betracht kommende No. 49.

---

26) Renaud, S. 524. Sartorius, S. 344.

27) Sartorius, S. 344—346.

28) Was Sintenis, I. 439., von den Ergänzungen der Beschwerden des Appellanten behauptet, muss auch hinsichtlich des Appellaten angenommen werden.

keineswegs diesen angewiesen hat, ohne Rücksicht auf die Anträge der Parteien, rein nach Lage der Acten und dem materiellen Recht zu erkennen. Ob eine solche Vorschrift nicht vielleicht anerkennenswerth wäre, ist de lege ferenda zu beurtheilen[29]), nach dem Charakter des gemeinen Processes ist aber die Anwendbarkeit des Satzes zu verneinen. Denn soll das Römische Recht wörtlich für uns die Richtschnur sein, dann müsste in der That der Richter für den ausgebliebenen Appellaten die Adhäsionsschrift anfertigen — was gewiss auch die Gegner nicht verlangen möchten und sicherlich mit der Aufgabe des Richteramtes unverträglich ist.

Im Römischen Process war eine solche Berücksichtigung des abwesenden Appellaten geboten, die Verhandlung war eine mündliche, sein persönliches Erscheinen, wenn er Etwas gegen das Urtheil vorbringen wollte, nothwendig, aber zugleich mit Umständen und Kosten verknüpft, anders ist es im gemeinen Process, wo vermöge der Schriftlichkeit des Verfahrens es für den Appellaten nur geringe Mühe macht, seine Adhäsion zu erklären. In diesem Stadium des Processes sind heut die Justinianeischen Bestimmungen unanwendbar, während ich nachzuweisen suchte, dass auch noch im gemeinen Recht der Fall der Entscheidung auf einseitigen Vortrag eintreten kann, und dass alsdann der Befolgung der Römischen Vorschriften Nichts im Wege steht.

Ob Justinian dieselben erlassen hätte, wenn zu seiner Zeit ein schriftliches Verfahren bestanden hätte, mag dahingestellt bleiben, jedenfalls ist in diesem das Bedürfniss eines amtlichen Einschreitens durch das Obergericht in dem gedachten Sinne keineswegs mehr vorhanden, und wenngleich die Regel: cessante ratione legis cessat lex ipsa heut allgemein verworfen ist[30]), so ist sie doch andererseits als ein Interpretationsmittel nicht von der Hand zu weisen, und dass ihr Rechnung getragen, sowohl in Theorie als auch in Praxis, beweist die grosse Mehrzahl der Schriftsteller, welche die auch von mir angenommene Ansicht vertreten.

---

29) Vgl. Endemann, 915. Renaud, S. 523. Dies scheint die Tendenz der Linde'schen Ansicht von der Gemeinschaft der Rechtsmittel.

30) Baron, Pandecten S. 28.

§. 7.
d. Das Verhältniss der Rechte des Appellaten zu denen des Appellanten.

Abgesehen von dem im vorigen Paragraphen erwähnten und gebilligten Fall, in welchem der Oberrichter die Anträge des Appellanten ergänzen bezw. über diese hinaus erkennen darf, tritt auch noch aus dem gleichen Grund, mit welchem die Berücksichtigung des abwesenden Apppellaten vertheidigt wird, für den heutigen Process die Ansicht auf, dass das Obergericht selbst an die Anträge des Appellanten nicht gebunden ist, sondern auch über diese hinaus erkennen darf[1]). Ich unternahm es aber, diese Ansicht bereits hinsichtlich des Römischen Rechts zu bekämpfen und darf mich daher auf die dabei entwickelten Gründe beziehen, zu denen noch hinzutritt, dass die dort bezweifelte Frage wegen der Rechtskraft der nicht angegriffenen Punkte, wie bereits erwähnt, nach Praxis des gemeinen Processes entschieden ist. Es steht übrigens nicht bloss dem Appellanten, sondern auch dem Appellaten frei, nova in der Appellationsinstanz vorzubringen[2]) und auch in dieser Hinsicht wird von einer Gemeinschaft der Rechtsmittel gesprochen[3]).

§. 8.
e. Hindernisse der Appellations-Gemeinschaft.

Nach den Untersuchungen des Römischen Processes bleibt mir hier nur übrig, die dort gewonnenen Ergebnisse anzuwenden.

1. Unverändert geblieben ist der Grundsatz, dass nach dem Momente, an welchen die heutige gemeinrechtliche Praxis den Eintritt der Appellationsgemeinschaft knüpft, der Verzicht oder die Desertion des Appellanten auf das Rechtsmittel ohne Einfluss sind[1]). Rücksichtlich der Desertion hat auch für das heutige

---

1) Wetzell, S. 594, und die oben B. §. 5. Not. 3 angeführten Schriftsteller.
2) J. R. A. §. 64. §. 73. Martin, §. 288g.
3) Gensler, Comm. II. S. 154. No. 6. Bayer, Vortr. S. 1067.
1) B. §. 6. Not. 1.

Verfahren des R. A. von 1596 §. 94. Nichts geändert[2]), weil die Einführung der Appellation jetzt keine terminliche Handlung mehr ist, sondern sich mit der Ueberreichung der Rechtfertigungsschrift vollendet, nach welcher das Rechtsmittel gemeinsam wird.

2. Hinsichtlich des Verzichts und der Desertion der selbstständig vom Appellaten ergriffenen Appellation kann heute nur noch die Frage in Betracht kommen, ob durch dieselben das Recht zur Adhäsion abgeschnitten werde. Hier treffen die für das Justinianeische Recht angeführten Gründe[3]) nicht überall zu. Trotzdem ist das Princip dasselbe geblieben. Denn nicht immer kann in der Ergreifung des selbstständigen Rechtsmittels ein Verzicht auf die Anschlussberufung gesehen werden, und schon der Kosten wegen kann es für den Appellaten von Interesse sein, lieber sich mit seinen Beschwerden anzuschliessen, als selbstständig aufzutreten. Denn es muss als Regel angesehen werden, dass die Auslagen, welche sich auf die beiderseitigen Beschwerden beziehen, auch von beiden Theilen zu tragen sind. Hier tritt die Bestimmung des R. A. von 1566 §. 116.[4]) ein, wonach sich darüber beide Theile zu verständigen haben, und nur dann, wenn ein Vergleich nicht erzielt wird, der Richter entscheidet[5]). Es ist ferner denkbar, dass Appellat, veranlasst durch private Erklärungen des Gegners, sich bei dem Urtheil nicht beruhigen zu wollen, selbstständig dasselbe in seinem ganzen Umfange angriff, nachher aber aus der Rechtfertigung des Appellanten ersieht, dass sich dieser nur über Einen Punkt beschwert. Er zieht es vor, um schneller zur Erlangung eines Judicats zu kommen, sich diesem anzuschliessen, als durch Hervorrufung einer neuen Untersuchung über die von ihm vorgetragenen Punkte

---

2) Oben Cap. II. §. 1. Not. 8.

3) Oben B. §. 6. Text zu Not. 2—8. Seufferts Arch. Bd. 12. No. 217. Erk. des O. A. G. zu Jena vom 19. Dez. 1856. Bd. 1. No. 333. Erk. des O. A. G. zu Wiesbaden vom 26. April 1827.

4) Oben Cap. II. §. 1. Not. 7.

5) Dagegen wird in der Rechtsmittelinstanz bei der Entscheidung über die Processkosten die Adhäsion als ein selbstständiges Rechtsmittel angesehen. Vgl. Jordan bei Weiske, I. S. 122.

den Rechtsstreit in die Länge zu ziehen. Es ist nicht abzusehen, warum der Appellat genöthigt sein soll, um der Vermuthung eines Verzichtes zu entgehen, offenbare Nachtheile zu übernehmen.

3. Auch im gemeinen Process hat, wie gezeigt worden ist, die Adhäsion ihren accessorischen Charakter nicht verloren und muss daher verworfen werden, wenn das principale Rechtsmittel, zu dem sie hinzutritt, nicht existirt bezw. wegen nicht gewährter Förmlichkeiten für unzulässig erklärt wird[6]). Die hier wiederkehrende Frage, ob in der Anfechtung der Formalien durch den Appellaten ein Verzicht auf die Adhäsion enthalten sei, hat ungleich geringere Bedeutung, als im Römischen Process[7]), da mindestens in derselben Vernehmlassungsschrift, in welcher der Angriff gegen jene geschieht, nach den von mir angenommenen Grundsätzen Appellat seinen Anschluss erklären muss. Letztere Erklärung hat aber dann nur die eventuelle Bedeutung für den Fall, dass der Angriff gegen die Formalien misslinge, und schliesst somit die Vermuthung eines Verzichtes aus.

4. Ein neuer Punkt für den gemeinen Process ist aber hier zu erörtern, inwieweit nämlich die im römischen und canonischen Recht unbekannten[8]) Beschränkungen der Appellation auf eine bestimmte Summe, wie sie schon durch die K. G. O. von 1521, Tit. XXIV. 1. 2., eingeführt wurde, auf die Adhäsion anzuwenden seien[9]). Da die Principal-Adhäsion, wie bemerkt, nur uneigentlich diesen Namen führt, so wird bei dieser von einer Appellationssumme nicht abzusehen sein; anders bei der accessorischen Adhäsion (bezw. bei einer Berücksichtigung der Interessen des Appellaten im Falle des Relevanzbescheides), welche auch bei

6) Erk. des O. A. G. zu Lübeck vom 31. Jan. 1846. Seuffert, Arch. Bd. II. No. 345. Pufendorf, P. IV. Obs. 34. S. 72 f.

7) Vgl. oben B. §. 6, Text zwischen Not. 8- 11.

8) Linde, Rechtsmittel I. S. 293—295.

9) Linde Arch. Bd. 20. S. 53—57. Rechtsmittel, I. S. 362 f. II. S. 275—278. Pfeiffer, Prakt. Ausführ. Bd. VI. S. 227 f. 332. 455.

dieser Frage ihr accessorisches Merkmal nicht verleugnet[10]). Es sind jedoch zwei Fälle zu unterscheiden:

a) die Competenz des Oberrichters ist bereits erwachsen, indem der Beschwerdepunkt des Appellanten die Höhe der Appellationssumme schon für sich erreicht. Wie es alsdann überhaupt einer Begründung der Formalien durch den Appellaten nicht bedarf, um seine Befugniss zur Adhäsion zu rechtfertigen, so auch nicht des Nachweises, dass die eigene Beschwerde die Appellationssumme umfasst. Es ist dies um so mehr anzunehmen, als sich die Adhäsion ja überhaupt nur auf denselben bezw. connexe Punkte erstreckt. Es tritt hierzu die fernere Rücksicht, dass das Beschwerderecht im Zweifel nicht zu beschränken sei und Beschränkungen der Appellation wegen der Summe dem strengen Recht zuwiderlaufen[11]);

b) wenn die Competenz des Oberrichters wegen mangelnder Appellationssumme noch nicht erwachsen ist, so würde die Frage aufgeworfen, ob durch den Betrag der Adhäsivbeschwerde und durch die Zusammenrechnung beider die Competenz erwirkt werden könnte. Diese Frage ist aber nicht nur zu verneinen, sondern hätte überhaupt nicht gestellt werden dürfen.

   Denn wenn die Appellation überhaupt wegen mangelnder Formalien abzuschlagen ist, — und dies muss doch bei fehlender Summe appellabilis geschehen — so fällt auch mit ihr die Adhäsion. So erkannte auch das Ober-Hofgericht zu Mannheim, „dass die Adhäsion Nichts dazu beitragen könne, die Competenz des Richters rücksichtlich des Hauptrechtsmittels zu begründen, sondern diese schon an und für sich vorhanden sein müsse, damit die Adhäsion zur Cognition des Oberrichters kommen dürfe[12]).

10) Gesetzliche Bestimmungen finden sich nicht.

11) So motivirte die desfallsige Entscheidung das Ober-Hofgericht zu Mannheim, bei Seuffert Arch. Bd. III. No. 238, und dies war die beständige Praxis des O. A. G. zu Kassel, bei Pfeiffer a. a. O. S. 455.

12) v. Hahnhorst, Jahrb. des Ober-Hofgerichts, Jahrg. III. S. 138, bei Pfeiffer a. a. O. S. 332.

§. 9.

Die übrigen Rechtsmittel des gemeinen Processes.

Die Grundsätze über die Gemeinschaft der Appellation werden von den meisten Rechtslehrern ohne Weiteres auf alle anderen Rechtsmittel überhaupt oder doch auf die devolutiven ausgedehnt[1]). Und in der That giebt es keinen Grund, in ihnen eine Eigenthümlichkeit der Appellation erblicken zu wollen, vielmehr sind sie von so allgemeiner Bedeutung, dass ihre Ausdehnung wohl keinem Zweifel unterliegt. Ich versuchte nachzuweisen, dass Justinian die Gemeinschaft der Rechtsmittel bei dem Institut der Appellation deswegen einführte, weil bei dem sonstigen Verfahren, in welchem Angriffe gegen richterliche Entscheidungen gerichtet wurden — im Wege der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und der erhobenen Beschwerde über Nichtigkeit — bereits durch den Processgang und die Vorschriften des materiellen Rechts dafür gesorgt war, dass auch das Erkenntniss zu Gunsten desjenigen Theils ausfallen konnte, der seinerseits die Hülfe des höheren Richters nicht angerufen hatte[2]). Soweit also im heutigen Recht noch die Rechtsmittel des Justinianeischen Processes bezw. die Bestimmungen desselben gelten, kann von einer eigentlichen Ausdehnung nicht die Rede sein, sondern die Gemeinschaft findet, so wie sie damals war, auch jetzt Statt, mit der Massgabe, dass einmal die Grundsätze von der Abwesenheit in Folge des heutigen Verfahrens nur bei den Relevanzbescheiden in Anwendung kommen können, die sich in der heutigen Praxis nicht bloss bei Appellationen, sondern auch bei anderen Rechtsmitteln vorfinden[3]), und sodann, dass der Zeitpunkt eben-

[1]) Linde, Lehrb. des deutsch. gem. C. Pr., 7. Aufl. §. 392. Martin, §. 276. Sintenis, I. 465. Not. 1. Jordan bei Weiske, I. 117. Gönner, III. 150. Schmid, III. 506. Andere sprechen stets allgemein bei der ganzen Lehre nicht von Appellation, sondern von Rechtsmitteln, so Osterloh, II. 191—194. Gensler II. 118 ff.

[2]) Oben A. §§. 2. u. 3.

[3]) Gensler, Comment. II. S. 132, 115. Linde, Lehrbuch §. 415. Rechtsmittel, II. S. 92 Not. 2.

falls durch den gemeinrechtlichen Processgang bestimmt werden muss.

Im Einzelnen ist Folgendes zu bemerken:

1. Die processualische Restitution beruht in ihren Wirkungen, wozu doch die Gemeinschaft des Rechtsmittels gehört, wesentlich noch auf den durch das prätorische Edict geschaffenen Vorschriften des Römischen Rechts[4]).

Es kann daher auf die bereits gemachten Ausführungen verwiesen werden[5]), nur freilich wird sie bei demselben Richter angebracht[6]), und es nimmt auch dieses Rechtsmittel die gewöhnliche Form einer Klage an, nur dass es nicht in neuen, sondern in den alten Acten verhandelt wird, und es sich nicht bloss um Aufhebung des ergangenen Erkenntnisses, sondern auch gleichzeitig um Fällung eines neuen handelt[7]). Deswegen aber auch hat der Verklagte nur, wenn der Process wirklich fortgesetzt wird, ein Recht auf die Gemeinschaft, denn wie ein jeder Kläger, so kann auch Implorant in jedem Stadium des Processes zurücktreten und vernichtet dadurch, wie ein abweisendes Urtheil[8]) den Rechtsstreit.

2. Hinsichtlich der Nichtigkeitsbeschwerde suchte ich ebenfalls nachzuweisen, dass einmal schon nach Römischem Recht, da der Richter nach Aufhebung der Nichtigkeit über die Sache, wie über eine res integra erkennen muss, eine reformatio in pejus denkbar ist[9]), und sodann, dass der Richter stets verpflichtet ist, von Amtswegen die begangene Nichtigkeit aufzuheben, ohne Rücksicht, ob dadurch für den angreifenden Theil eine schlechtere

---

[4]) „Die älteren Rechtslehrer“, sagt Linde, Rechtsmittel II. S. 705, „haben auch nie die Sache anders angesehen, als dass Quelle und Ursprung des Rechtsmittels der Restitution im Römischen Rechte zu suchen ...“ Vgl. Wetzell 517 f. Renaud, S. 560. Endemann, S. 958—962. Bayer, S. 1099.

[5]) Oben A. §. 2.

[6]) Sartorius, a. a. O. S. 84, nimmt deswegen hier den technischen Begriff der reformatio in pejus aus, aber ohne Grund.

[7]) Renaud, S. 684.

[8]) Renaud, S. 177 Not. 12.

[9]) Oben A. §. 3. Text zu Not. 15.

Lage geschaffen wird[10]). So ist vielleicht auch der Ausspruch von Baldus zu verstehen: Ego dico, quod haec lex (39. C.) etiam locum habet in causa nullitatis, quae est contigua causae appellationis, ut judex possit supplere pro absente et in his, quae reddunt judicium retro nullum[11]).

Nach den Bestimmungen des J. R. A. sind die Vorschriften des Römischen Rechts vorzugsweise bei den unheilbaren Nichtigkeiten, die auch im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden können[12]), ohne Weiteres anwendbar, geschieht dies aber im Wege der Appellation, dann findet eine Abweichung von dieser überhaupt nicht Statt und alsdann treten deren Grundsätze ein; so besonders bei den heilbaren Nichtigkeiten[13]).

3. Im gemeinen Process entwickelte sich noch ein neues selbstständiges Rechtsmittel aus der supplicatio gegen die Urtheile des praefectus praetorio[14]), nämlich die Revision, welche sowohl gegen die Urtheile der höchsten Reichsgerichte, als auch gegen untergerichtliche Erkenntnisse erhoben werden konnte, wegen deren die Appellation wegen fehlender summa appellabilis unmöglich war[15]). Beide Rechtsmittel sind jedoch mit der Auflösung des alten Deutschen Reiches untergegangen[16]) und scheiden daher aus dieser Betrachtung; ebenso das Rechtsmittel, welches sich bereits während der Zeit des alten Reichs particularrechtlich der Revision nachgebildet hat und bald diesen Namen, bald den der Supplication, Restitution, Repräsentation, Läuterung[17]) führt.

---

10) Oben Cap. II. §. 6. Not. 7.

11) Bei Sartorius, S. 348.

12) Renaud, S. 535 Not. 25, S. 553.

13) Ich schliesse mich der Meinung an, nach welcher die Nichtigkeitsbeschwerde wegen heilbarer Mängel ganz in die Appellation aufgegangen ist. Renaud, S. 550 und die Not. 2 genannten gegen die S. 551 Not. 4 gedachten Schriftsteller.

14) Vgl. oben A. §. 1. Text zu Not. 10—12. Renaud, S. 526 u. A. m.

15) Renaud, S. 528.

16) Danz, §. 442. Bayer, S. 1080. Wetzell, S. 620. Endemann, S, 935. Not. 8. A. M. Schmid, Handbuch III. S. 502.

17) Linde, II. S. 394. Renaud, S. 529.

Es wird analog der zweiten Art der gemeinrechtlichen Revision behandelt, und, so wie auf diese, auch die Grundsätze der Appellation angewandt, mit Ausnahme der Devolutivwirkung; doch soll auch hier eine Gemeinschaft eintreten [18]), und zwar erst mit der Rechtfertigung, da eine Einführung selbst nicht vorkommt [19]).

---

18) Linde, S. 392. Schmid, III. S. 506. Kind, Quaest. for. III. C. 77. p. 342 f. Hommel, Rhapsodia quaest. Bd. I. Obs. 340. Wernher VII. Obs. 223. Pufendorf, P. IV. Obs. 34.

19) Linde, Rechtsmittel II. S. 392.

Theil II.

Die Bestimmungen der altpreussischen Processordnung.

§. 1.

Das ältere Recht vor derselben.

Das ältere in der Mark geltende und in der Gerichtspraxis zur Anwendung gebrachte Recht über die Gemeinschaft der Rechtsmittel steht ganz und gar auf dem Boden des gemeinen Processes. Bei generell eingelegter Appellation stand dem Gegner auch noch nach Ablauf das Decendium frei, seine Beschwerde gegen das angegriffene Urtheil vorzubringen[1]), so dass Appellant nach erfolgter Einführung — dies ist der Zeitpunkt, in welchem die Gemeinschaft eintritt — weder zum Nachtheil des Appellaten auf das Rechtsmittel verzichten, noch auch dasselbe desert werden lassen konnte[2]); doch musste Appellat innerhalb der Rechtfertigungsfrist seine Beschwerde vorbringen[3]). Hat aber Appellant das Erkenntniss nur in einem bestimmten Capitulum angegriffen, so

---

[1]) Müller, Practica civilis Marchica, Resolut. 41. No. 3.

[2]) a. a. O. No. 4. u. 5.

[3]) Urtheil des Berliner Kammergerichts vom 7. April 1654, in Sachen Margaretha Kassels Tobiä Sernovii seel. Wittwe contra ihres Mannes Creditores: „Wenn schon dess debitoris Haussfrau von dem Urthel nicht appelliret, dass ihr dennoch ob interpositas aliorum appellationes das commune beneficium billig zu statten kömbt, derowegen sie denn ihre gravamina contra sententiam innerhalb 6 Wochen zu deduciren.“ Müller a. a. O. No. 8. 9.

wurde auch die Befugniss zur accessorischen Adhäsion nicht weiter erstreckt und ganz, wie im gemeinen Process, werden auch bei uns als Gründe hierfür angegeben: quot enim capita sunt sententiae, tot videntur esse sententiae et facta appellatione a quibusdam sententiae capitulis quoad reliqua sententia in rem judicatam transire dicitur[4]). Man darf aus diesen Hauptzügen erkennen, dass auch in anderen Punkten, worüber eine unmittelbare Nachricht nicht überliefert ist, wie z. B. wegen des Falles der An- und Abwesenheit, der Verfügungen des Oberrichters auf einseitiges Gehör in den Brandenburgischen Landen eine Abweichung von dem damaligen gemeinrechtlichen Verfahren nicht Statt gefunden hat. Allein schon der Codex Fridericianus entfernte sich hiervon. In der That entsprach das Institut der Gemeinschaft der Appellation — denn nur von dieser, nicht von den Rechtsmitteln im Allgemeinen ist die Rede — keineswegs dem Plane des Königs, sämmtlichen Processen in allen Instanzen schon in einem Jahre ein Ende zu machen. Daher mag wohl die Bestimmung herrühren: „Die Appellation soll kein beneficium commune seyn und des actoris Appellation niemalen dem reo, nec contra zu statten kommen“[5]). Allein sowie auch im materiellen Recht zuerst der König das Römische Recht gänzlich beseitigen und allein ein solches „bloss auf die Vernunft und Landesverfassung“ gründen wollte (Verordnung vom 31. December 1746), später aber (K. O. vom 14. April 1780 wieder mehr dem ersteren sich zuwandte[6]), so stellte auch das Carmersche Corpus juris Fridericianum die vom Codex Fridericianus ausgemerzte Gemeinschaft der Appellation in gewisser Weise wieder her. Trotzdem es nämlich in I, 14. §. 11. als Grundprincip ausspricht: „Die Appellation soll zwischen den beyden processirenden Parteyen, in der Regel kein Beneficium commune seyn“, so macht es doch hiervon 2 Ausnahmen, je nachdem in Folge der von einem Theil eingewandten Appellation eine neue Untersuchung in thatsächlicher Beziehung Statt fand oder nicht.

4) a. a. O. 10. 11.
5) Cod. Frid. Th. III. Tit. 4. §. 25.
6) Förster, Theorie und Praxis, Bd. 1. S. 5. u. 7.

Im erstern Falle nämlich sollte der Appellationsrichter, wenn bei Gelegenheit der Untersuchung eine Abänderung des vorigen Urtheils zum Vortheil des Appellanten bewirkt, aber auch in Folge dieser Untersuchung bei eben demselben Punkt ein dem Gegentheil vortheilhafter Umstand ausgemittelt würde, lediglich „nach der solchergestalt eruirten wahren Lage der Sache“ erkennen, auch wenn der andere Theil über diesen Punkt gegen das erste Erkenntniss nicht appellirt hätte[7]). Auch in dem zweiten Falle sollte ganz in derselben Weise der Appellationsrichter von Amtswegen nach der Lage der Sache erkennen, falls „bloss nach der in erster Instanz erfolgten Instruction gesprochen wird, er aber die Sache aus einem anderen Gesichtspunkt ansieht und findet, dass der vorige Urtelsfasser das Gesetz nicht richtig ad Factum applicirt habe“[8]).

Dieses so veränderte Institut lehnt sich mehr an das justinianeische, wie an das gemeine Recht an, mit letzterem hat es bloss gemein, dass die Communion sich nur auf denselben Punkt erstrecken soll, dagegen mit ersterem, dass der Richter von Amtswegen das Interesse des Appellaten zu berücksichtigen habe, und zwar auch wenn er keine besonderen Beschwerden erhoben hat, so dass mithin eine Adhäsion überflüssig ist. Neuerungen enthält das Corpus juris Fridericianum, insofern das Interesse des Appellaten nur berücksichtigt wird, wenn auch dem Appellanten die Appellation zum Vortheil gereicht, dass der Appellat keine Anträge zu stellen brauchte, keine Thatsachen neu anführen durfte, und dass ohne neue Untersuchung der Appellationsrichter nach der wahren Lage nur dann erkennen durfte, wenn der erste Richter das Gesetz falsch angewandt hatte. Dadurch war von dem Grundsatz der Unabänderlichkeit der Rechtskraft erheblich abgewichen[9]).

---

7) Corp. jur. Frid. I. 14. §. 11.
8) Corp. jur. Frid. I. 14. §. 12.
9) Vgl. Grävell a. a. O. S. 25, und Koch, Civ. Pr. S. 619.

Die Vorschriften der alten Processordnung.

§. 2.

a. Die Appellation.

Die Bestimmungen des Corp. jur. Frideric. sind durch die Gerichtsordnung vor allen Dingen dadurch geändert worden, dass sie überhaupt als Grundsatz aufstellte: „Die Appellation soll zwischen den processirenden Parteien keine gemeinschaftliche Rechtswohlthat sein," (das Corp. jur. Frideric. hatte noch beigefügt: in der Regel) und noch die sich hieraus ergebende Folgerung ausdrücklich zog: „sondern Derjenige, welcher sich bei dem Erkenntniss beruhigt, kann auf die von seinem Gegner dagegen eingewandte Appellation eine Abänderung niemals hoffen"[1]). Während also nach dem Corp. jur. Frideric. bei einmal eingelegter Appellation von einer Rechtskraft des ersten Urtheils insofern nicht die Rede sein konnte, als der Appellationsrichter noch immer in der Lage war, auf Grund einer veränderten Klarstellung des Thatverhältnisses oder der richtigeren Anwendung des Gesetzes auch dem Appellaten nicht begehrte Vortheile zuzusprechen, soll es nach der Processordnung bei der einmal beschrittenen Rechtskraft unabänderlich bewenden, und zwar zunächst, damit die Processe nicht verewigt würden[2]), sodann weil auch trotz des Untersuchungsprincips der Satz gilt: ne eat judex ultra petita partium[3]) und endlich, wie noch angeführt wird[4]), weil in der Nichtbenutzung der Rechtswohlthat eine hinlängliche deutliche Erklärung liegen soll, nicht mehr zu begehren, als zuerkannt ist.

Soweit also das erste Urtheil durch unterlassene Appellation rechtskräftig geworden ist, wird der Befugniss des Appellationsrichters zur Abänderung eine feste Grenze gezogen. Die Judi-

---

1) I. 14. §. 11. Anf.

2) Einl. §. 65.

3) A. G. O. I. 10. §. 5a. Heffter, Pr. C. Pr. S. 79. Koch, S. 245. Grävell, Bd. 1. S. 490, Bd. 2. S. 681, Bd. 3. S. 26.

4) Grävell, Bd. 3. S. 26.

catur des Königl. Ober-Tribunals hat diesen Satz in mehrfachen Entscheidungen zur Anwendung gebracht;[5]) wenn daher in einer Schwängerungssache der erste Richter dem Beklagten einen Reinigungseid auferlegte und im Nichtschwörungsfalle den Alimentensatz höher festsetzte, als ihn derselbe anerkannt hatte, so muss Verklagter dagegen appelliren. Unterliess er dies und änderte der zweite Richter das Urtheil zu Gunsten der Klägerin ab, indem er dieser den Erfüllungseid anvertraute, so steht gegen den Verklagten die Höhe der Alimente nunmehr rechtskräftig fest[6]). Wenn ferner der Kläger nur angebrachtermassen[7]) abgewiesen ist, so darf bei einer Appellation desselben der höhere Richter niemals auf gänzliche Abweisung erkennen; selbst wenn er dem Verklagten einen Eid auferlegt und ihn im Nichtschwörungsfall nach dem Antrage des Klägers verurtheilt, darf er im Schwörungsfall doch nur das erste Erkenntniss bestätigen[8]). Wenn endlich auch nur eventuell einer Partei ein Eid auferlegt ist und der Gegner hiergegen zu appelliren unterlassen hat, geht gegen ihn dieser Theil des Urtheils in Rechtskraft über[9]).

Trotz dieser aus den Regeln der Gerichtsordnung über die Rechtskraft folgenden Consequenzen ist doch wieder dem Appellationsrichter die Berücksichtigung der wahren Lage der Sache vorgeschrieben, wodurch die Bestimmungen des Corp. jur. Frider. in einem gewissen Sinne wieder erneuert werden. Ganz wie dort sind nämlich die Fälle ins Auge gefasst, dass in Folge einer auf Antrag des Appellanten in zweiter Instanz veranlassten neuen Untersuchung die Beschaffenheit oder der Zusammenhang der

---

5) Vgl. Rönne, Erl. und Erg. Bd. 3. S. 149, Zus. 2 ff. S. 153, Zus. 7. ff. Dorguth, in der Jurist. Wochenschrift Jahrg. 1844 S. 513—521, der hierüber specielle Regeln giebt.

6) Erk. des Ob. Trib. vom 18. Juni 1860. Strieth. Arch. Bd. 37. S. 294. Koch, Comm. z. A. G. O. I. 14 §. 11. S. 373 Not. 37. Rönne, Bd. 3. S. 150, Zus. 10.

7) Gegen diese Art der Erkenntnisse vgl. Dorguth a. a. O. S. 519.

8) Erk. des Ob. Trib. vom 20. November 1856. Strieth. Arch. Bd. 22. S. 322. Förster, Einiges zur Lehre von der Rechtskraft, in Gruchot Beitr. Bd. 2. S. 353 f.

9) Rönne, Bd. 3. S. 150. Zus. 11 a.

Thatsachen sich anders und zwar zu Gunsten des Appellaten entwickelt, sowie dass auch ohne eine solche neue Untersuchung der höhere Richter die Sache von einem anderen Gesichtspunkt betrachtet und zu der Ansicht gelangt, dass der erste Richter das Gesetz unrichtig angewandt hat. Während aber das Corp. jur. Frider., wie ich gezeigt habe, ohne Scheu die Rechtskraft über den Haufen wirft und dem Appellationsrichter unumschränkte Befugniss zum freien Erkennen nach Lage der Sache giebt, schreibt unsere Processordnung nur vor, dass der Oberrichter bei Abfassung seines Erkenntnisses die nunmehrige Entwicklung des thatsächlichen Verhältnisses oder in dem zweiten Fall die von ihm richtig erkannten Grundsätze bei der Beurtheilung des Rechtsstreits unverrückt im Auge behalten und, wenn er in der Hauptsache für den Appellanten ein besseres Erkenntniss fällt, über die Nebenpunkte wie Zahlungszeit, Zinsen, Früchte, Nutzungen nur nach dieser neuen Ermittelung oder nach den für besser erkannten Rechtssätzen erkennen soll, auch wenn dadurch dem Appellaten diese Nebenbestimmungen mehr zum Vortheile gereichen, als sie in erster Instanz angenommen wurden. Das Kgl. Geh. Ober-Tribunal hat in dem Erkenntniss vom 17. December 1861[10]) diesem Rechtssatz Ausdruck verliehen. In erter Instanz war auf einen Eid für den Beklagten erkannt, wogegen Kläger appellirte und in Folge dessen der Appellationsrichter diesem einen Eid auferlegte und für den Fall der Nichtleistung diejenigen Folgen festsetzte, die der erste Richter von der Nichtleistung des dem Beklagten auferlegten Eides abhängig gemacht hatte. Das Ober-Tribunal vernichtete dieses Erkenntniss, indem es die Anwendung der res judicata für unzulässig erklärte, da diese Verurtheilung zum Nachtheil des Verklagten nur bedingt, nämlich von der Nichtschwörung abhängig gewesen sei, diese Bedingung aber, da sie nicht eingetreten, auch auf das Urtheil keine Wirkung haben könne. Vielmehr müsse — so führt der höchste Gerichtshof aus — der Appellationsrichter einzig und allein den Einfluss des von ihm erkannten Eides auf die Verurtheilung mass-

[10]) Arch. Bd. 43. Not. 60. S. 278. Grävell, Bd. 3. S. 29.



gebend sein lassen[11]). Allein wenn nun auch soweit den Oberrichter nicht sowohl das formelle, als das materielle Recht leiten soll, so darf er auch in diesen Nebenpunkten niemals soviel dem Appellaten zusprechen, dass er im Ganzen bei dem streitigen Punkte mehr erhielte oder weniger zu leisten hätte, als nach dem ersten Urtheil festgesetzt worden ist, vielmehr muss der Oberrichter, wenn er nach dem materiellen Recht und seiner Ueberzeugung, eigentlich in pejus des Appellanten reformiren müsste, lediglich das erste Urtheil bestätigen[12]).

Die Vorschrift des §. 11. enthält somit in der That keine Spur einer Gemeinschaft des Rechtsmittels. Denn wenn gleich der Richter in den Nebenpunkten auch zu Gunsten des Appellaten erkennen darf, so ist dies doch nur geschehen, damit nicht der Richter genöthigt würde, offenbare Widersprüche und Absurditäten zu sanctioniren. Dies aber würde der Fall sein, wenn er das erste Urtheil abänderte, seine Consequenzen aber gewisser Massen stehen liesse; endlich ist aber auch hier die Grenze gezogen: niemals soll dem Appellaten mehr bei dem streitigen Punkte zugesprochen werden. Es hat daher meines Erachtens den Anschein, als ob diese ganze Bestimmung mehr im Interesse des Appellationsrichters, als der Partei ergangen wäre. Die Vortheile der Letzteren können nach Massgabe des Gesetzes nur sehr geringe sein, die kaum in Betracht zu ziehen sind; ersterer aber wird dadurch in die Lage versetzt, wenigstens zu zeigen, dass er die Sache richtig habe auffassen, das Gesetz besser, als es der erste Richter gethan, habe anwenden wollen und dass er des sich ergebenden Widerspruchs zwischen Rechtskraft und seinem Erkenntniss sich bewusst gewesen und möglichst auszugleichen beabsichtigt habe.

11) Vgl. Koch, Comm. z. A. G O. I. 14, 11. S. 374 Anm. 37 c. Rönne, Bd. 3. S. 150 Zus. 13. Anders ist es, wenn der erste Richter den Verklagten als Erben des Schuldners einen Reinigungseid de ignorantia auferlegt und der zweite Richter den Appellanten zum Erfüllungseid verstattet; hier muss er, falls Appellant nicht schwört, ihn nicht etwa pure abweisen, sondern das erste Erkenntniss bestätigen. Vgl. Merkel, Comm. z. A. G. O. 1817. S. 152.

12) Die von Koch, Comm. a. a. O. S. 374 Not. 37 d. angeführten Erkenntnisse des Ober-Tribunals berühren die von mir zu behandelnde Frage nicht.

Wenn nun auch noch §. 11. a. a. O. ganz der Natur der Rechtskraft entspricht[13]) und die Gemeinschaft der Rechtsmittel aus dem preussischen Process verbannt zu sein scheint[14]), so wird in dem folgenden §. 12. dies Institut doch wieder auf Umwegen eingeführt[15]). Denn dem Tit. 1. §. 39. ausgesprochenen Princip der Gerichtsordnung würde es gewiss entgegen sein, sollte Jeder, dessen Process nicht nach seinem Wunsch ausfiel, zu einer besonderen Appellation veranlasst werden[16]). Gerade ein solcher Appellat, der aus „Abneigung vor Händeln und Processen aus moralisch löblichen Bewegungsgründen" sich bei dem ersten Erkenntnisse beruhigte, welches in einzelnen Punkten zu seinem Nachtheil ausfiel, verdiente Berücksichtigung, ebenso aber auch derjenige, welcher aus Unkenntniss mit der wahren Lage der Sache die Appellation unterliess. Sollte sich also durch die in zweiter Instanz auf Antrag des Appellanten veranlasste neue Instruction die Beschaffenheit und der Zusammenhang des dem Processe zu Grunde liegenden Factum auf andere oder vollständige Art zum Besten des Appellaten entwickeln, so gestattet die Processordnung diesem, noch vor dem Schluss der zweiten Instanz seine unterlassene Appellation nachzuholen und auf ein Urtheil nach der wahren Lage der Sache zu seinen Gunsten anzutragen; eine neue Untersuchung oder Fortsetzung der erhobenen darf er jedoch nicht fordern, sondern sich lediglich auf die bisherigen Verhandlungen beziehen. Die Voraussetzungen des preussischen Instituts sind also folgende:

1. Die Gemeinschaft der Appellation tritt nicht von Amtswegen, sondern nur auf Antrag des Appellaten ein.

2. Sie soll nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht in allen Fällen, sondern nur dann Statt finden, wenn in zweiter Instanz auf Antrag des Appellanten eine neue Insruction veranlasst worden ist. Grävell[17]) meint jedoch, dass dieser Beitritt dem Appel-

---

13) Gönner, III. S. 150.

14) Reinhardt, II. §. 355. S. 281.

15) Linde, Arch. Bd. 20. S. 71.

16) Die app. reciproca ist regulirt im Anh. §. 122.

17) Bd. 3. S. 27.

laten nach den Motiven des Gesetzes auch dann gestattet werden müsste, wenn Appellant keine Nova angeführt hat, weil Jener auch hier erst durch den Appellationsbericht zur Einsicht komme, dass er die Sache nicht so leicht nehmen dürfe und auch sein Opfer, das er um der Ruhe willen zu thun Willens war, umsonst gebracht sein würde. Grävell scheint also die Einreichung des Appellationsberichtes als denjenigen Zeitpunkt zu betrachten, in welchem die Gemeinschaft der Appellation eintritt. Ich glaube jedoch dieser Auffassung nicht beitreten zu dürfen. Wäre sie nämlich richtig, so würde ein Verzicht auf die Appellation nach erfolgter Rechtfertigung unstatthaft sein müssen; es schweigt zwar unsere Gesetzgebung über die ausdrückliche Entsagung des Rechtsmittels [18]), nach allgemeinen Rechtsregeln hat aber das Geh. Ober-Tribunal die Zulässigkeit eines solchen auch in dem obenerwähnten Zeitpunkt ausgesprochen [19]). Dem widerspricht aber auch nicht §. 12. Tit. 14., welcher eben nur dann ohne Rücksicht darauf, ob Appellant Nova angeführt hat, die Befugniss zur Adhäsion gewährt, wenn der Oberrichter eine neue Untersuchung eröffnet hat. Daraus folgt

3. dass der Zeitpunkt dieser Anschlussbefugniss eintritt, wenn unter Zufertigung und Mittheilung des Appellationsberichts bezw. -protocolls (I, 14. §. 28. A. G. O.) der erste Termin zur Instruction der Sache Statt gefunden hat. Denn erst dann ist für den Appellaten die Einsicht möglich, „dass das bei dem Processe zu Grunde liegende Factum sich auf eine andere oder vollständigere Art zu seinem Besten entwickelt hat.“ Von da ab muss ein Verzicht des Appellanten dem Gegner unnachtheilig sein.

4. Die Erklärung des Appellaten muss noch vor dem Schluss der Sache erfolgen d. h. mindestens in der nach geschlossener Instruction von den Parteien einzureichenden Deductionsschrift (§. 62. d. T.). Hinsichtlich ihrer Form bezeichnet zwar das Gesetz die Handlung des Appellaten als eine „Nachholung der unter-

---

18) Koch, Pr. Civ. Pr. §. 343. Not. 3.

19) Erk. vom 3. März 1863. Strieth. Arch. Bd. 48. S. 235. Vgl. Koch, Comm. z. A. G. O. I. 16. §. 1. Anm. **). Rönne, Erg. Bd. 3. S. 149. Zus. 2 a.

lassenen Appellation," so dass es den Anschein haben könnte, als ob hier von einer wechselseitigen Berufung die Rede wäre und nur deren Zeitpunkt über das Fatale hinausgeschoben sei. Allein es ist nur ein Adhäsionsantrag, bestehend in der Bitte des Appellaten, dass das Urtheil der ersten Instanz der nunmehrigen wahren Lage der Sache gemäss zu seinem Vortheil abgeändert werde. Dieser accessorischen Natur gemäss wird

5. bestimmt, dass Appellat seine Rechtfertigung lediglich aus den bisherigen Verhandlungen schöpfen und niemals eine neue oder weitere Instruction beantragen dürfe. Im Vergleich dieser Bestimmung mit der ferneren Vorschrift, dass der Appellat in der zweiten Instanz zur Unterstützung und Verstärkung seiner Gerechtsame neue Umstände und Beweismittel anführen könne (§. 41. d. T.), folgert Grävell[20]), dass dies Verbot des §. 12. sich nur auf solche Beschwerden des Appellaten bezieht, die von denen des Appellanten verschieden sind. Ich möchte aber auch diese Folgerung nicht für schlüssig erachten. Der Appellat darf als solcher Nova nur zur „Verstärkung und Unterssützung seiner Gerechtsame" anführen d. h. also niemals dieselben zu einem selbstständigen Angriff benutzen, sondern nur die Bestätigung der ersten Sentenz aus ihnen herleiten. Daran wird durch §. 12. Nichts geändert und, soweit sich aus dieser Art der Vertheidigung eine neue Sachlage ergeben sollte, wird dem Appellaten gestattet werden müssen, auch diese bei seiner Adhäsion zu benutzen; dagegen darf er selbst neue Thatsachen und Beweise, soweit sie angreifender Natur sind, niemals vorbringen, gleichgiltig, ob sie dieselben Beschwerdepunkte betreffen, welche Appellant vorgebracht, oder andere.

In der Praxis würde sich übrigens die Sache stets so stellen, dass erst nachdem Appellat Nova zur Bestätigung vorgebracht und die Instruction vorgeschritten ist, ihm eine Möglichkeit, zu adhäriren, gegeben ist, so dass er in diesem Stadium des Processes überhaupt nur auf Deductionen beschränkt bleibt.

6. Die Processordnung spricht allgemein von einem Antrag,

---

20) Bd. 3. S. 27.

nach Lage der Sache zu erkennen, lässt also die Beschränkung des gem. Processes auf die connexen Punkte weg.

Zu den Wirkungen dieser Adhäsion des preussischen Processes gehört unstreitig die, dass der Oberrichter nunmehr in der Lage ist, das Urtheil zu Gunsten des Appellaten, in pejus des Appellanten zu reformiren.

Grävell[21]) hält aber ausserdem diese Erklärung des Appellaten noch deswegen für nöthig, damit nicht in dritter Instanz die Rechtskraft des ersten Erkenntnisses entgegenstehe, wenn er gegen ein etwaiges reformatorisches Appellations-Erkenntniss noch das letzte Rechtsmittel ergreift. Der Revisionsrichter wäre dann bei unterlassener Appellation bezw. Adhäsion genöthigt, niemals günstiger für den Appellaten zu sprechen, als in erster Instanz erkannt, mitunter bei rechtskräftig gewordenen Präjudicialfragen nur noch schlimmer. Ich kann dieser Ausführung nach den Principien unserer Processordnung nur beitreten. Regel ist zwar: das Urtheil geht gegen denjenigen, welcher sich dabei beruhigt hat, in Rechtskraft über. Diese Rechtskraft wäre nun stets in Frage gestellt, wenn es nach einer neuen Instruction in zweiter Instanz lediglich von der Willkür des Appellaten abhinge, sie durch blosse Adhäsionserklärung wieder aufzuheben, da nur ausnahmsweise das Gesetz dem Oberrichter gestattet hat, die einmal eingetretene Rechtskraft zu vernichten, wenn nämlich nach neuer Ermittelung die Lage des Appellaten sich verbessert und er auf Abänderung anträgt. Verwirft aber der Oberrichter diesen Antrag, so muss man doch — wenn überhaupt in §. 12. d. T. ein Recht des Appellaten vorhanden ist — diesem die Erörterung der Frage vor dem Revisionsrichter gestatten, ob durch die Instruction in zweiter Instanz nicht in der That eine berücksichtigenswerthe Verbesserung seiner Lage eingetreten sei. Mit Recht hebt dabei Grävell hervor, dass der Angriff des Appellaten sich nur gegen den Tenor, nicht auch gegen die Entscheidungsgründe zu richten habe, da diese niemals rechtskräftig würden. Auch durch die thatsächliche Feststellung des ersten Richters, welche

---

21) a. a. O. S. 28.

zu einem nothwendigen Eid führte, hält Grävell[22]) den Oberrichter nicht gebunden, sobald hiergegen appellirt worden sei.

Die Obliegenheit des Richters, die Gewissheit der die Entscheidung bestimmenden Thatsachen zu prüfen, sei eine untheilbare, und wenn die eine Partei einen dem Gegner auferlegten nothwendigen Eid in der Appellation anfechte, so unterbreite sie überhaupt dem Richter die Frage, ob der Eid selbst noch nöthig sei, nicht bloss, wer ihn zu leisten habe. Der Oberrichter dürfe einen überflüssigen Eid abschneiden und die Entbindung von einem dem Gegner auferlegten Eide sei nicht zu den Verschlimmerungen des Zustandes des Appellanten zu rechnen. Diese Ansicht Grävell's stimmt völlig mit derjenigen überein, welche im gemeinen Process über diesen Punkt herrscht[23]). Ich glaube aber nicht, dass sie sich mit den Bestimmungen des preussischen Rechts über die Rechtskraft vereinigen lässt. Grävell hält nämlich zu einer solchen Abänderung den Oberrichter ohne Antrag des Appellaten befugt (mit Rücksicht auf I. 13. §. 24). Allein die Grundsätze der ersten Instanz lassen sich doch nur auf die Appellation soweit anwenden, als nicht der Satz entgegensteht, dass derjenige, welcher sich bei dem Erkenntnisse beruhigt, eine Abänderung desselben zu seinem Vortheil niemals erhoffen darf. Es ist aber die Auferlegung eines Eides gewiss eine Beschwerde für die Partei, und die Entbindung von demselben ohne Antrag würde sie in eine vortheilhaftere Lage bringen, welche nicht unter die nach §. 11. d. T. festgesetzten Vorbedingungen fällt. Der Oberrichter muss also lediglich bei Verwerfung der Appellation das erste Urtheil bestätigen.

Hinsichtlich der Anwendung, welche die Praxis von §. 12. d. T. gemacht hat, ist mir nur gelungen, den einen Fall aus Siewerts Materialien[24]) ausfindig zu machen. Ein Dienstmädchen

---

[22]) a. a. O. S. 29.

[23]) Cap. II. §. 6. Text zu Not. 10.

[24]) Materialien zur wissenschaftlichen Erörterung, Heft VIII. S. 258—264. Vgl. Rönne, Bd. 3. S. 302. Die bei Merckel, neuer Comm. zur A. G. O. aufgeführten Beispiele treffen nicht überall zu und lassen es auch unentschieden, ob sie der Praxis wirklich entlehnt sind.

klagte gegen ihren Brodherrn wegen Schwängerung und schob diesem, welcher entfernte Indicien von der Unwahrscheinlichkeit der klägerischen Behauptung beibrachte, den Eid darüber zu, den Verklagter annahm und auf welchen der Richter erkannte. Gegen dieses Erkenntniss appellirte nun die Klägerin, widerrief die Eideszuschiebung, brachte neue Beweismittel vor und beanspruchte für sich den Erfüllungseid. Ihr Beweis war aber so wenig gelungen, dass der Oberrichter annahm, sie habe für sich nichts Neues angeführt. Beklagter hat zwar nicht selbst appellirt, aber doch in der zweiten Instanz von der Befugniss §. 12. d. T. Gebrauch gemacht und beantragt, wegen des Eides nach A. G. O. I. 10. §. 299. zu erkennen. Trotzdem bestätigte der Appellationsrichter dies erste Erkenntniss. Die Revision des Beklagten wurde verworfen, weil er durch unterlassene Appellation das erste Urtheil gegen sich habe rechtskräftig werden lassen, der in der Appellationsinstanz gestellte Antrag diesen Mangel nicht ersetze und mit einer förmlichen Appellation nicht gleiche Wirkung habe, und endlich durch die Bestätigung ihm keine Beschwerde erwachsen sei.

Siewert behauptet nun, dass die beiden ersten Verwerfungsgründe dem §. 12. zuwiderlaufen, zumal Verklagter nach Lage der Sache nicht vor dem Widerruf des deferirten Eides ein Rechtsmittel habe einlegen können. Gegen den letzten Entscheidungsgrund wendet er ein, dass Appellat durch den Widerruf des Eides schon in eine bessere Lage gekommen sei und der Appellationsrichter die Klägerin hätte pure abweisen müssen.

Grävell billigt diese Siewert'schen Ausführungen aus zwei Gründen. Einmal, weil nach seiner Ansicht — wie bereits bemerkt — der Oberrichter überhaupt unnütze Eide abschneiden dürfe, und sodann, weil die Vorschriften des §. 299. Th. 1. Tit. 10. A. G. O. auch auf die zweite Instanz Anwendung finden[25]).

Koch endlich behauptet, dass der Fall des §. 12. in der Praxis

---

[25]) Bd. 2, S. 544 Not. 1.

so gut wie nicht vorkomme und auch dem von Siewert berichteten die Voraussetzungen fehlten[26]).

Siewert hat insofern gefehlt, als er es für unmöglich erklärt, dass Verklagter vor dem Widerruf der Eideszuschiebung habe appelliren können. Er hätte immerhin deswegen Berufung einlegen dürfen, dass überhaupt auf einen Eid erkannt und nicht vielmehr Klägerin pure abgewiesen sei. Im Uebrigen gelten gegen ihn und die Bemerkungen von Grävell die obigen Ausführungen. Koch hat Unrecht. Die oben angegebenen fünf Voraussetzungen treffen sämmtlich zu und ich würde in diesem Fall der Revision unbedenklich Statt gegeben haben.

§. 3.

b. Die übrigen Rechtsmittel.

Die altpreussische Processordnung enthält nur über die Gemeinschaft der Appellation Vorschriften und berührt, ganz, wie wir es auch im gemeinen Process finden, die anderen Rechtsmittel gar nicht, trotzdem sprechen die Schriftsteller nicht bloss von jener, sondern ganz allgemein von dieser[1]); Grävell spricht sich für die unbedingte Anwendung dieser Vorschriften auf die dritte Instanz d. h. die Revision aus[2]).

1. Die Restitution gegen Contumacial-Erkenntnisse. Dieselbe kommt nur insofern in Betracht, als sie nach §§. 78. 79. I, 14. u. §§. 125. 126. Anh. in der Appellationsinstanz Statt findet und daher alle Vorschriften der Appellation anwendbar sind, so dass das zweite Erkenntniss nicht härter als der Contumacialbescheid sein kann, im Uebrigen aber auch Tit. 14. §§. 11. 12. nicht ausgeschlossen sind[3]).

2. Der Recurs. Er gehörte nicht zu den eigentlichen Rechts-

---

26) Pr. C. Pr. S. 619 Not. 8.

1) So Koch und Heffter.

2) Bd. 3. S. 27.

3) Wegen des älteren Rechts bes. Evelt, S. 147 ff.

mitteln bei Bagatellsachen unter 10 Thalern[4]), trotzdem ist §. 12. an sich wohl anzuwenden, da der Oberrichter die Ergänzung der Instruction verfügen kann, allein es liegen sowohl hiergegen als auch gegen die Anwendbarkeit des §. 11. I, 14. erhebliche Bedenken vor, weil der Oberrichter nur angewiesen ist, „den Beschwerden abhelfliche Maasse" zu verschaffen. In den Bagatellsachen von 10 bis 50 Thalern sind aber die Vorschriften der Appellationsinstanz anzuwenden, da die Processordnung selbst (I, 26. §. 21. ff.) die Berufung als Appellation bezeichnet.

3. Revision. Die Ausdehnung der Gemeinschaft der Appellation auf dieses Rechtsmittel erscheint unbedenklich, als sie auch sonst, wo nicht gerade das Gesetz ausdrückliche Abweichungen vorschreibt, denselben Grundsätzen wie die Appellation folgt[5]). Auch die Praxis scheint — wie der Siewert'sche Rechtsfall beweist — an sich diese Ausdehnung angenommen zu haben. Dazu kommt noch, dass in der Revisionsinstanz nach §. 8. Tit. 15. vorkommende Verstösse gegen Gesetze und Processordnung von Amtswegen gerügt werden müssen[6]), natürlich immer unter Wahrung der Rechtskraft des ersten Urtheils. Die Vorschrift von §. 12. I, 14. hat bei der Revision engere Grenzen als bei der Appellation, da nur in beschränkter Weise die Anführung neuer Thatsachen und Beweismittel erlaubt ist[7]), und überall, wo keine neue Insruction auf Antrag des Appellanten erfolgt, auch keine Adhäsion Statt findet.

4. Die Nichtigkeitsklage[8]). Sofern ein noch nicht rechtskräftig gewordenes Urtheil als nichtig angefochten wird, verwandelt sich, wie im gemeinen Recht, die Nichtigkeitsklage in das ordentliche Rechtsmittel der Appellation; es gelten also dann

4) A. G. O. I. 26. §. 18. Evelt, §. 110.

5) Grävell, Bd. 3. S. 27, 87, Not. 76.

6) Vgl. Pr. vom 7. Juni 1839. Koch, Commentar zur A. G. O. S. 419 Not. 38.

7) I. 15. §. 11. A. G. O.

8) I. 16. §. 1—12. Evelt, S. 164.

dieselben Grundsätze wie bei dieser. In den übrigen Fällen aber, in denen die Sache nochmals vor dem ersten Richter verhandelt wird, entsteht ein ganz neuer Process, wobei nur das als unumstösslich gilt, was vor dem Nichtigkeitsgrund eintritt. Da der Richter hierüber in der ersten Instanz, wie über eine res intregra erkennt, so finden auch die bereits bei Darstellung des gemeinen Processes angegebenen Grundsätze Anwendung.

5. Die Restitutio in integrum[9]). Auch hier erfolgt in den wenigen vom preussischen Recht aufgenommenen Fällen die Entscheidung vor dem ersten Richter; er hat über die Hauptsache wie über die Restitution zu erkennen und es bedarf demgemäss ebensowenig, als im gemeinen Recht, einer Gemeinschaft des Rechtsmittels.

Die noch ferner in der Processordnung vorkommenden Rechtsmittel: im vormundschaftlichen Verfahren (I, 39, 5. 6. 12), auf Actenrevision (I, 23, 54. I, 14, 3[3]), der weiteren Vertheidigung (I, 14. §. 3. 4.), die Nichtigkeit im Fall des §. 62a. Th. I. Tit. 25. bieten für die gegenwärtige Abhandlung keine Berührungspunkte[10]).

§. 4.

Vergleich der Gemeinschaft der Rechtsmittel im gemeinen und altpreussischen Process.

Aus der gegebenen Darstellung zeigt sich, dass das Institut in den beiden Gesetzgebungen einen durchaus unähnlichen Charakter hat. Es gewinnt den Anschein, als ob im preussischen Verfahren nur noch verstümmelte Ueberreste der Gemeinschaft des gemeinrechtlichen Processes übrig geblieben sind.

---

9) I. 16. §. 12 ff. Evelt, S. 164.

10) Im neuern Processe finden diese Grundsätze bei der Appellation und Revision ohne Weiteres Anwendung; ebenso wenig hat die Nichtigkeitsklage und Restitution eine Aenderung erlitten, wohl aber ist die Gemeinschaft vom Recurs und der Nichtigkeitsbeschwerde ihrer ganzen Natur nach ausgeschlossen.

In beiden findet ein amtliches Erkennen des Richters zu Gunsten des Appellaten ohne Antrag Statt. Aber während nach gemeinem Process dies der Richter nur thun darf, wenn er ein Urtheil ohne dem Appellaten Gehör gegeben zu haben, fällt, erscheint die Vorschrift des §. 11. Tit. 14. G. O. als eine Reproduction der Justinianeischen Vorschrift, aber nur in ihren Voraussetzungen, nicht in ihren Wirkungen. Während sie in den ersteren sogar noch weiter geht und den Richter zu der Berücksichtigung der Interessen des Appellaten nöthigt, ohne Unterschied ob er anwesend ist oder nicht, andererseits wiederum, ganz wie im gemeinen Process, dieses amtliche Eingreifen nur auf den gemeinschaftlichen Beschwerdepunkt beschränkt, ist doch die Wirkung dieser richteramtlichen Thätigkeit in Bezug auf den Appellaten eine höchst unbedeutende. Im gemeinen Process kann er auf ein Erkenntniss zu seinem Vortheil hoffen, im preussischen ist, wie ich zu zeigen versuchte, die Vorschrift, um Absurditäten des richterlichen Urtheils zu vermeiden, nicht, dagegen im Interesse des Appellaten gegeben, der doch niemals mehr, als ihm in erster Instanz zuerkannt, erhalten kann, noch auch auf weniger verurtheilt werden darf, als er nach dem Urtheil des ersten Richters zu leisten hatte.

Auch die Adhäsion findet sich in beiden Processen. Hier aber sind die Voraussetzungen verschieden und wenn auch die Möglichkeit eines günstigeren Urtheils für den Appellaten nach den Vorschriften der altpreussischen Processordnung in weiterem Umfange gegeben ist als im gemeinen Process, so verliert sie doch gerade dadurch an Wirkung, dass nur in den seltensten Fällen die Gelegenheit eintreten kann, jenen Voraussetzungen ein Genüge zu leisten. Das gemeine Recht beschränkt die Adhäsion nur auf denselben Punkt, das preussische kennt eine solche Eingrenzung nicht. Während aber im ersteren der Appellat nach dem Decendium bei bloss vorhandenem Rechtsmittel des Gegners diesem anhangen, es erforderlichen Falls selbstständig verfolgen kann, sind im letzteren die Erfordernisse verwickelter, indem eine auf Antrag des Appellanten eintretende neue Instruction verlangt und dem Appellaten eine selbstständige Thätigkeit versagt wird.

Endlich ist das Gebiet des preussischen Rechts auch noch dadurch beschränkter, dass es keine Rechtsmittel gegen Zwischenurtheile kennt.

Vergleicht man zuletzt die zahlreichen Fälle, in denen aus der gemeinrechtlichen Praxis die Anwendung der Rechtsmittel-Gemeinschaft erhellt, mit den fast negativen Resultaten der preussischen, so ist wohl nicht zu viel behauptet, wenn wir unser Institut als ein von Anfang an todtgeborenes bezeichnen.

Die Strafgesetzgebung der Römer

gegen

Vereine und Versammlungen.

Ein Beitrag zur Geschichte des Strafrechts.

§. 1.
Vorbemerkung.

Die gegenwärtige Abhandlung soll allein die Strafgesetze behandeln, welche gegen das Vereins- und Versammlungsrecht von den Römern erlassen worden sind. Aus ihnen wird man nach dem Grundsatze, der besonders in dem Gebiete des Strafrechts gilt, dass erlaubt, was nicht verboten sei, einen Schluss auf das Vereinswesen überhaupt ziehen können. Dass dasselbe in Rom uralten Ursprungs ist, wird nicht bloss von den Klassikern angeführt, sondern auch durch die Inschriften und die Forschungen der Neuern bestätigt[1]. Ueber die Entstehung aller dieser Vereine sind schon seit dem Erwachen der alten Literatur scharfsinnige und gelehrte Untersuchungen angestellt, die freilich zu den verschiedensten und zweifelhaften Resultaten geführt haben. Bald wird den Römern in diesem Punkte, wie in so vielen andern, die Ursprünglichkeit abgesprochen und ihnen auch hier als Lehrmeister die Griechen aufgedrängt [2], bald sollen es die Handwerkerzünfte gewesen sein, die, bei den friedlichen Sabinern vorgefunden, Numa Pompilius bei den Römern begründete und ordnete[3], bald ist es das jus sacrum und somit Etrurien, welche

[1]) Die Belege sind zu finden bei Sigonius, de antiquo jure civium Romanorum, II. 216. Heineccius, Opusculorum variorum sylloge, exercit. IX. §. 2 ff. Wassenaer, Dissert. ad tit. Dig. de collegiis et corporibus, in Fellenberg Jurisprudentia antiqua, Vol. I. No. 7, bes. Cap. 3; Dirksen, Civilistische Abhandlungen, Bd. 2. S. 7 ff. 23. 27. Th. Mommsen, De collegiis et sodaliciis Romanorum, p. 1 ff. 27 ff. 32 ff. Pauly, Realencyclopädie, II. S. 497 ff. VI. 1261 ff. Die ältere nur geringe Ausbeute gewährende Literatur findet sich bei den citirten Schriftstellern.

[2]) So zuerst Wassenaer a. a. O.

[3]) So auf Erzählungen von Plutarch, Valerius Maximus, Plinius, Dionysius Halic. gestützt, Sigonius und Heineccius a. a. O. Drummann, Gesch. R. II. 240 f.

als Quelle und Vaterland des Vereinswesens aufgestellt werden[4]). Zweifelhaft muss das Ergebniss werden, da die Nachrichten der Schriftsteller, auf denen diese „kecken Vermuthungen"[5]) aufgebaut werden, selbst kaum eine andere Quelle als die Traditionen jener alter Körperschaften der Priester und Handwerker hatten, die in leicht erklärlicher Neigung ihren Ursprung ganz in derselben Weise, wie es noch heut zu Tage bei den Letzteren der Fall ist, auf ebenso berühmte wie mythische Persönlichkeiten — man denke nur an den heiligen Crispin, an den König Gambrinus u. s. w. — zurückführten. Es wird zugegeben werden können, dass sich einige Genossenschaften bis in eine graue Vorzeit verfolgen lassen[6]), und dass sie untereinander nicht in einer solchen Verbindung standen, wodurch die eine das Muster für die anderen war[7]).

Es giebt Dinge und Anstalten, deren Anfang sich ebenso wenig denken lässt, wie ihre Grenze. So wenig wie wir uns heut eine Vorstellung machen können, welches der Abschluss des jetzt in so voller Blüthe stehenden Genossenschafts- und Einigungswesens sein wird[8]), ganz in demselben Maasse können wir auch keine andere Quelle angeben, als jenen allgemeinen Associationstrieb des Menschen, den der grosse Staatskenner des Alterthums als *ζῶον πολιτικόν* so gut gekennzeichnet hat[9]). Dieser Trieb, der sich zunächst in der Staatenbildung zeigt, ist so mächtig, dass demselben nicht eher ein Damm entgegengesetzt wird, als bis der Staat sich zu einem selbstbewussten Wesen entwickelt, von anderen in ihm bestehenden Vereinigungen einen Eingriff in seinen Wirkungskreis fürchtet.

So sehen wir auch bei den Römern ungehindert in alter Zeit Vereinigungen mannichfachster Art im Staate bestehen; die Staats-

4) Dirksen a. a. O. S. 5.

5) Dirksen a. a. O. S. 5.

6) Bei den sodales es nachgewiesen zu haben, ist das Verdienst von Mommsen, a. a. O.

7) Mommsen a. a. O. p. 28.

8) Gierke, Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft. Berlin 1869, S. 2.

9) Aristot. Pol. I. 1, 8.

beamten sind zu gewissen Körperschaften verbunden[10]), religiöse Vereine[11]) in allen Schichten des Volkes verbreitet, gewerbliche Verbände[12]) nach dem Lebensberuf begründet; gesellige Vereine bilden sich aus[13]), die Bewohner ländlicher und städtischer Bezirke treten zusammen[14]) und sie alle zusammen erhalten mit dem wachsenden Interesse für das Gemeinwesen eine politische Färbung, bis zuletzt Genossenschaften mit rein politischer Richtung hervorgehen[15]).

Ueber die civilrechtliche Natur aller dieser so vielseitigen Verbindungen herrscht unter den Schriftstellern Streit; es handelt sich hierbei besonders um die Frage der juristischen Persönlichkeit, welche ihnen theils verweigert wird[16]), theils nur einigen von ihnen zugestanden ist[17]). Eine Entscheidung über diese Frage liegt der gegenwärtigen Aufgabe fern; hier vielmehr genügt es, aus dem Vorhandensein dieser Vereine schon darauf hinzuweisen, was auch von keinem Schriftsteller in Abrede gestellt wird, dass in der ältesten Zeit bei den Römern ein völlig freies Vereinsrecht geherrscht hat.

---

10) Savigny, System des heut. R. R. II. S. 250.

11) Savigny a. a. O. S. 253.

12) Savigny a. a. O. S. 254 und die Not. 1 genannten Schriftsteller.

13) Savigny a. a. O. S. 255. Mommsen, p. 32.

14) Cicero pro domo C. 28.: Nullum est in hac urbe collegium, nulli pagani aut montani (quoniam plebi quoque urbanae majores nostri conventicula et quasi consilia quaedam esse voluerunt) qui non amplissimo non modo de salute mea sed etiam de dignitate decreverint. Die in die Klammer gestellten Worte sind keineswegs auf ein altes Gesetz oder obrigkeitliche Genehmigung zu deuten, sondern scheinen vielmehr im Hinblick auf die von Clodius hervorgerufenen factiösen Verbindungen gesprochen zu sein. Vgl. Dirksen S. 29 und das später zu erwähnende Verbot von Tarquinius Superbus.

15) Mommsen p. 32. Rein, Criminalrecht der Römer, S. 824. Die Ausdrücke, mit denen die Quellen die Vereinigungen selbst und deren Mitglieder bezeichnen, sind ebenso mannichfach, wie in den verschiedenen Zeitperioden wechselnd Eine Zusammenstellung giebt Savigny, Mommsen, Dirksen a. a. O. Platner, De crim. extr. p. 300. Sigonius, II. 218. Heineccius, §. 18.

16) Mommsen, p. 36—40, scheint zu weit zu gehen, wenn er dies aus der Unmöglichkeit einer processualischen Stellvertretung schliesst, da es nicht nöthig ist, dass eine juristische Person sofort alle Privatrechte besitzt.

17) Dirksen, S. 96.

Was die staatsrechtlichen und verfassungsmässigen Versammlungen des Volkes betrifft, so entziehen sich dieselben der Betrachtung von unserem Gesichtspunkte aus, um so mehr, als sie in den ältesten Zeiten nach den in ihnen vorgenommenen Handlungen nur eine sacrale Bedeutung hatten [18]). Das Recht, Volksversammlungen zu berufen, hatte der Regel nach nur der König, oder wenn dieser nicht gewählt war, der Zwischenkönig oder Oberpriester [19]).

Zwar wird uns gleich nach des Romulus Tod von einer (contio) Volksversammlung berichtet, in der ein Senator Proculus Julius dem Volke die Mittheilung von des Romulus Apotheose machte. Aber abgesehen von dem historischen Werth, den diese Nachricht hat, so sind wir doch nach des Livius Erzählung [20]) keineswegs berechtigt, den Julius — wie es sich aus der Aufgeregtheit der Zeit rechtfertigen könnte — als den Berufer der erwähnten Versammlung anzusehen. Wie sehr das Volk eine verfassungsmässige Berufung der Volksversammlung nöthig hielt, zeigt sich am besten in den Bestimmungen über die Königswahl [21]). So blieb es auch in der Republik. Nach dieser Richtung erscheint also eine Ueberschreitung des Versammlungsrechts undenkbar.

§. 2.

Bis zu den XII Tafeln.

Ergiebt sich einerseits aus der Abwesenheit strafrechtlicher Verbote, dass in den ältesten Zeiten ein völlig freies Vereins- und Versammlungsrecht geherrscht, und dass dieses bei den damals so einfachen Verhältnissen, der sacralen Färbung der Verbindungen und der allgemeinen Scheu, gegen dieses göttliche Recht zu handeln, niemals mit dem Staat in Conflict kam, so kann doch andererseits dem mit unbeschränkter Machtvollkommen-

---

18) Lange, Röm. Alterthümer, 2. Aufl. I. S. 342.
19) Lange, a. a. O. I. 343. 256. 326. Liv. I. 17. u. a. m.
20) I. 17.
21) Mommsen, Röm. Gesch. I. 65. 78.

heit ausgerüsteten Könige[1]) nicht das Recht versagt werden, Versammlungen aufzulösen und Verbotsgesetze gegen Vereinigungen zu erlassen. Dergleichen Gesetze bedurften ja nicht einmal nach der Servianischen Verfassung einer Genehmigung der Comitien, weil sie nur der Ausfluss der dem Könige zukommenden höchsten Gewalt waren.

Die durch Sitte und Recht gesetzten Grenzen, in denen sich das römische Vereinsleben bewegte, erfuhren erst eine Auschreitung während der politischen Gährungen, die der ersten grossen Revolution vorausgingen, unter der Regierung des letzten Königs. Hierüber allein besitzen wir zuverlässige Berichte[2]), wenn wir nicht überhaupt Alles, was uns von der Königszeit berichtet wird, zurückweisen wollen.

Dionysius von Halicarnass erzählt uns nämlich Folgendes: IV. 43: *συνόδους τὲ συμπάσας ὅσαι πρότερον ἐγίνοντο κωμητῶν ἢ φρατριαστῶν ἢ γειτόνων ἔν τε τῇ πόλει καὶ ἐπὶ τῶν ἀγρῶν ἐφ᾽ ἱερὰ καὶ θυσίας κοινὰς προεῖπε μηκέτι συντελεῖν, ἵνα μὴ συνιόντες εἰς τὸ αὐτὸ πολλοὶ βουλὰς απορρήτους μετ᾽ ἀλλήλων ποιῶνται περὶ καταλύσεως τῆς αρχῆς.* Nach den Untersuchungen von Dirksen[3]) und Mommsen[4]) ist es nicht mehr zweifelhaft, dass es sich hier nicht um Versammlungen von Zünften handelt[5]), sondern um Vereinigungen geographischer Bezirke, die ursprünglich zu gemeinsamen Opferfeierlichkeiten an den kleinen Feld- und Strassencapellen stattfanden[6]).

---

1) „Legaler Widerstand war gegen die unbefugteste Handlung des Königs unmöglich. Nur Gott selbst oder die Revolution des Volkes kann die Königsgewalt vernichten." Lange, a. a. O. I. S. 270 f. Vgl. auch Mommsen, Röm. Gesch. I. 80.

2) Die früheren Andeutungen, die Heineccius, a. a. O. Cap. 1. §. 8., aus der in allgemeinen Redensarten gegebenen Charakteristik des Königs Tullius Hostilius in Liv. I. 21. u. 23. und Florus I. 6. u. 8. finden wollte, sind mit Recht zurückgewiesen worden von Dirksen, a. a. O. S. 34.

3) a. a. O. S. 35.

4) a. a. O. S. 74.

5) Heineccius, a. a O. C. 1. §. 8. und Andere, darunter wohl auch Brisson, Antiquitt. eclect. Lib. 1. Cap. 14. Hiergegen schon Treckell in seiner Ausgabe des Brisson, Leipzig 1741, S. 32.

6) Dionysius schreibt IV. 14. diese Einrichtung dem Servius Tullius zu.

Aus der Erzählung des Dionysius ist aber Zweierlei zu entnehmen. Einmal, dass diese Bezirksvereine, welche ursprünglich (*πρότερον*) eine religiöse Tendenz hatten, zur erwähnten Zeit nicht bloss um dieses Zweckes willen zusammenkamen, sondern eine ausgeprägte politische Richtung angenommen hatten. Sodann, dass diese Versammlungen nicht mehr öffentlich, sondern geheim[7]) und zwar in der Nacht abgehalten wurden. Der König, welcher von den Gesinnungen seiner Unterthanen über ihn und von dem ganzen politischen Treiben durch eine organisirte Polizei[8]) gut unterrichtet war, löste diese Verbindungen für die Zukunft auf und verbot allgemein, dass geheime und nächtliche Zusammenkünfte abgehalten wurden. Es wurde darauf eine harte Strafe gesetzt[9]).

Dass mit dieser Auflösung ein allgemeines Verbot besonders und vielleicht nur nächtlicher Versammlungen — also das erste Vereinsgesetz der Römer — verbunden war — sehen wir aus den Berichten der Schriftsteller über die spätere Zeit. Unter den Massregeln der ersten Consuln, durch welche sie das Volk, dass schon statt eines Herrschers deren zwei erhalten zu haben fürchtete[10]), der neuen Ordnung geneigt machen wollten, befindet sich auch die Wiederherstellung der von Tarquinius aufgelösten Bezirksvereine in der von Servius Tullius begründeten Gestalt. Dionys. Hal. V. 2: — *καὶ τὰς θυσίας τάς τε κατὰ τὴν πόλιν καὶ τὰς ἐπὶ τῶν ἀγρῶν, ἃς ἐποιοῦντο κοινῶς συνιόντες οἱ δημόται τε καὶ οἱφυλέται, πάλιν προσέταξαν ἐπιτελεῖσθαι ὡς ἐπὶ Τυλλίου συνετελοῦντο.* Es wird also nicht einfach das Verbot des Tarquinius aufgehoben, sondern den von ihm aufgelösten Verbindungen die von Tullius erhaltene Einrichtung wiedergegeben; das Gesetz des letzten Königs über die nächtlichen Zusammenkünfte wird also beibehalten. Bestätigt wird diese Annahme durch den Bericht des

---

7) *ἀπορρήτους.*

8) Dionys. Hal. IV. 43.: *ἦσαν δ᾽αὐτῷ πολλαχῇ διεσπαρμένοι κατόπται τινὲς καὶ διερευνηταὶ τῶν λεγομένων τε καὶ πραττομένων λεληθότες τοὺς πολλούς* u. s. w.

9) Dionys. Hal. a. a. O. — *αἱ δὲ τιμωρίαι — πικραὶ καὶ ἀπαραίτητοι.*

10) — *ὅτι δύο βασιλεῖς κύριοι γεγόνασι τῆς πόλεως ἀνθ᾽ ἑνός.* Dionys. Hal. V. 2.

Livius II. 28.[11]). Die politische Aufregung namentlich unter den Plebejern vor der ersten Auswanderung war auf das Höchste gestiegen. Misstrauen wird den erwählten Consuln entgegen getragen und auf dem Esquilin und Aventin, dem römischen Faubourg St. Antoine, werden nächtliche Versammlungen abgehalten und die zu ergreifenden Massregeln berathen[12]). Die Consuln, wie es scheint ohne besondere Energie, berichten über diese Versammlungen an den Senat und bitten um Anweisungen. Allein der Senat tritt hierüber in gar keine Verhandlung, er wirft den Consuln vor, dass es geradezu ihres Amtes sei, diese Versammlungen aufzulösen, dass sie aber davor zurückschreckten, um diese gehässige Massregeln von den eigenen Schultern auf den Senat zu wälzen[13]).

Das Ergebniss ist also, dass es bereits vor den XII Tafeln ein Vereinsgesetz, nämlich das Verbot nächtlicher Zusammenkünfte gab, und dass die Aufsicht, sowie die Auflösung derselben dem Könige, später den Consuln oblag.

§. 3.

Die zwölf Tafeln[1]).

Die bisherigen Betrachtungen setzen uns in den Stand, diejenigen Bestimmungen zu prüfen, welche von einigen Schriftstellern dem ersten geschriebenen Gesetz der Römer über Versammlungen und Vereine zugewiesen werden.

---

11) Geheime oder nächtliche Zusammenkünfte vor den XII Tafeln werden noch erwähnt. Liv. II. 32. 54. Vgl. Dirksen a. a. O. S. 29 Not 82. Mommsen a. a. O. p. 33. Not. 3. Zumpt, Criminalr. d. Römer I¹. S. 583 f. II². S. 383. 390. Rein, Criminalr. d. Röm. S. 473 u. 825 Anm.

12) Es handelt sich besonders um die Verweigerung des Kriegsdienstes, Dion. Hal. VI. 34.

13) Die Consuln suchten die Sache anderweitig durch eine Aushebung beizulegen, was ihnen jedoch misslang.

1) Vgl. Sigonius, a. a. O. II. 216. Brisson, a. a O. p. 32 die Treckellsche Note. J. Gothofredus, Frgm. XII tab., Heidelberg 1616, p. 120. Heineccius, a. a. O. §. X. Dirksen, a. a. O. S. 35 f. Ders. Uebersicht der bish. Versuche zur Kritik und Herstellung der XII Tafeln, S. 622—629, 746. Mommsen, p. 33 u. bes. Not. 3. Rein, Criminalr. d. Röm. S. 473. Zumpt, a. a. O. I¹. 383 f.

Zwei darauf bezügliche Vorschriften sollen darin enhalten sein und zwar in der 8. Tafel[2]). Ueber dss Vorhandensein der einen liegt uns nur ein nicht ganz gewichtvoller Gewährsmann vor, während wir von der zweiten durch Gajus unterrichtet sind.

In einer Schulrede des Declamators Porcius Latro wider Catilina wird diesem der Bruch der vaterländischen Gesetze vorgeworfen und unter diesen auch der XII Tafeln. Es wird von ihm als deren Vorschrift angegeben, ne quis in urbe coetus nocturnos agitaret[3]). Es ist viel über die Echtheit derselben gestritten worden und an und für sich betrachtet erscheint auch eine rhetorische Stylübung als rechtsgiltige Quelle nicht ganz geeignet. Allein die mehrfache Hervorhebung der zwölf Tafeln und die Beziehung auf die später zu erwähnende lex Gabinia geben diesem Bericht einen grösseren Werth. Es kommt aber dazu, dass, wie wir bereits gesehen, schon vorher nächtliche Versammlungen unter harter Bedrohung verboten waren und auch der von dem Declamator gewählte Ausdruck (coetus nocturni), welchem wir auch mehrfach bei Livius begegnen, zeigt, dass wir es hier mit einem wirklichen Citat der Gesetzesworte zu thun haben[4]). Die Decemvirn haben also hier wie in vielen anderen Fällen nur das schon bestehende Recht neu bestätigt. Gottofredus nimmt als Texteswortc an: „Si qui in urbe coetus nocturnos agitassit, capital esto" und auch von den übrigen Kritikern wird als Strafe der Tod angegeben[5]).

Die Erfahrung hatte gelehrt, dass diese nächtlichen Versammlungen stets eine Staatsumwälzung zur Folge hatten und es lag demnach nahe, dieselbe als ein schweres politisches Verbrechen anzusehen, auf welche in den XII Tafeln die Todesstrafe gesetzt

---

2) Dirksen, Uebers. S. 450 f. gegen Gothofredus. Schöll, Legis XII tab. reliquiae p. 151 f. stellt dieselben auch an das Ende der 8. Tafel.

3) In Catilin. Cap. 19. (Ausgabe v. Gruter, S. 143).

4) Ueber die Andeutung die Scholiasten zu Juvenal Sat. II. 6. und wegen der Textesemendation, welche erst, um diese Andeutung zu finden, nothwendig ist, vgl. Dirksen, Uebers. S. 746, u. Mommsen p. 34 Not 3.

5) Sie sind angeführt bei Dirksen, Uebers. S. 624.

war[6]). Andererseits aber kann man wohl annehmen, dass schon Tarquinius dieses Verbrechen mit der härtesten Strafe belegt hatte.

Die zweite obenerwähnte Verordnung der XII Tafeln gehört anscheinend nicht in unseren Gesichtskreis, eine kurze Besprechung wird aber das Gegentheil beweisen. Dieselbe ist enthalten in L. 4. D. 47, 22. Gaius Lib. III. ad legem Juliam[7]): Sodales sunt, qui ejusdem collegii sunt, quam Graeci *ἑταιρίαν* vocant. His autem potestatem facit lex, pactionem, quum velint sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant. Sed haec lex videtur ex lege Solonis translata esse; nam illuc ita est: *Ἐὰν δὲ δῆμος ἢ φράτορες ἢ ἱερῶν ὀργίων ἢ ναῦται ἢ σύνσιτοι ἢ ὁμόταφοι, ἢ θιασῶται ἢ ἐπὶ λίαν οἰχόμενοι ἢ εἲς ἐμπορίαν:· ὅτι ἂν τούτων διαθῶνται πρὸς ἀλλήλους κύριον εἶναι ἐὰν μὴ προραγορεύσῃ δημόσια γράμματα*[8]).

Wer unter sodales zu verstehen sei, war von jeher Streit. Theils sollen es die Mitglieder der Zünfte gewesen sein[9]), theils soll sich die Stelle auf ein altes jus sodalitium beziehen[10]). Nach einer richtigen Ansicht, die sich schon früh Bahn brach[11]), ist es wohl als unzweifelhaft anzusehen, dass damit die Genossen aller Vereinigungen bezeichnet werden sollen, denen das damalige Recht, wie mehrfach erwähnt, kein Hinderniss der Bildung in den Weg legte[12]).

---

6) Rein, 476 f. Vgl. darüber Berner, Lehrb. des Strafr. III. Aufl. S. 547. Siehe dagegen Zumpt[1], I. S. 453 Not. 159.

7) Diese Inscription befindet sich in der Königsberger Handschrift, während die Florentinische Lib. IV. ad legem XII tabularum liest Dirksen, Uebers. S. 626. Ich gebe aus den unten §. 10. erörterten Gründen der Königsberger den Vorzug.

8) Ueber die Textkritik vgl. Heineccius a. a. O. §. X. und bes. Dirksen.

9) Sigonius a. a. O. II. 216.

10) Wassenaer, a. a. O. Cap. 5.

11) Heineccius a. a O., der zuerst die Ansicht des Gothofredus, von der dieser übrigens wieder abging, dass sodales arvales gemeint seien, widerlegt Dirksen, Uebers. S. 628 f. Treckell a. a. O. und Dirksen, civil. Abh. S. 88 f., beziehen die Stelle auf alle erlaubten Vereine, indem ste auch noch unerlaubte und nur geduldete anerkennen. Vgl. darüber ob. §. 1. Not. 16, 17.

12) So Mommsen, p. 35.

Als Bedeutung dieser Vorschrift wurde bisher von allen Schriftstellern die hingestellt, dass den Corporationen freie Autonomie in ihrem Kreise beigelegt werden sollte; ihre Satzungen sollten alle Mitglieder binden, sofern sie nicht mit dem Landesrecht in Widerspruch ständen. In Verbindung mit dem Solonischen Gesetz scheint auch diese Ansicht Billigung zu finden. Allein einmal ist doch zu erwägen, dass die Herleitung aus der Solonischen Gesetzgebung selbst Gajus nicht als zweifelsfrei hinstellt; videtur translata esse; er spricht dies nicht einmal als seine Meinung aus, sondern berichtet wahrscheinlich nur eine hierüber unter einigen Juristen bestehende Ansicht. Es wird also empfehlenswerth sein, die Vorschrift der XII Tafeln selbstständig und an und für sich zu betrachten. Alsdann aber scheint es bedenklich, den Worten dum ne quid ex lege publica corrumpant die Bedeutung des oft in unseren Quellen erwähnten Rechtssprichworts[13]), dass öffentliches Recht durch Abreden von Privatpersonen nicht geändert werden könne, zu geben[14]). Abgesehen davon, dass eine solche Anordnung selbstverständlich und deshalb überflüssig wäre — man auch bei der knappen Sprache des Zwölftafelgesetzes kaum annehmen darf, dass in ihnen auch nur Ein Wort ohne Bedeutung wäre — so deckt sich auch weder das „*διαθῶνται*“ des angeblichen griechichen Vorbildes mit dem „pactionem sibi ferre,“ noch des „*ἵναμὴ ἄπογορεύσῃ δημόσια γράμματα*“ mit dem „dum ne quid ex lege publica corrumpant.“ Es mag dahingestellt bleiben, ob nicht erst durch das zufällige Auffinden jenes Solonischen Gesetzes Seitens eines Alterthümlers von den römischen Juristen die Zwölftafelvorschrift in einem diesem gleichen Sinne aufgefasst worden ist.

In ihr liegt er keineswegs; mutare und corrumpere als gleichbedeutend aufzufassen verbietet der Sprachgebrauch.

Das Gesetz untersagt vielmehr die Gründung von Vereinen zum Umsturz des öffentlichen Rechts d. h. der Staatsverfassung[15]),

13) Z. B. L. 38. D. 2, 14.

14) Dies nimmt Mommsen p. 36 an.

15) In späterer Zeit gebrauchte man dafür die Redewendung: adversum rem publicam factum esse, z. B. Liv. II. 26. Cic. ad Attic. I. 16. Ascon in Pis. bei Orelli, p. 7.

es fügt also den politischen Verbrechen einen neuen Begriff hinzu, dessen Uebertretung wiederum mit dem Tode gebüsst wurde. Dafür spricht auch die Stellung des Fragments im Strafrecht. Beleuchtet wird der Inhalt dieses Gesetzes durch die Absicht der mit der reactionären Adelspartei eng verbundenen Decemvirn, die tribunicische Gewalt und die mit ihr verknüpften und ihren Standesgenossen so gefährlichen tribunicischen Strafprocesse gänzlich aufzuheben[16]. Vielleicht wollten sie mit dieser Vorschrift ihren Zweck erreichen, der freilich durch eine neue Revolution und einen neuen Staatsvertrag zwischen den beiden Volkselementen vereitelt wurde[17].

Das Vereins- und Versammlungsrecht hatte demgemäss durch die erste grosse Gesetzgebung die Regelung erfahren, dass die Begründung von Vereinen zum Umsturz der Verfassung und das Abhalten nächtlicher Versammlungen verboten und mit der Todesstrafe bedroht wurden[18].

§. 4.

Belege dieser Strafgesetze aus der Geschichte der plebejischen Revolutionen.

Dass in der That der strafrechtliche Zustand des Vereins- und Versammlungsrechts, wie er eben geschildert, vorhanden war, beweisen diejenigsn Epochen der römischen Geschichte, welche man als secessiones plebis zu bezeichnen pflegt. Die Meinung der Schriftsteller ging bisher immer dahin, dass alle gleichmässig mit einer allgemeinen Amnestie schlossen[1]. Worauf sich aber diese Amnestie erstrecken sollte, wird niemals näher angegeben. Dieser müssen doch offenbar Vergehungen irgend welcher Art vorher-

---

16) Mommsen, Röm. Gesch. I. 74. Lange, a. a. O. I. 545 f. Zumpt, I. 335 f.

17) Livius III. 53.

18) Was Mommsen p. 45 mit Unrecht als den Inhalt des S. C. vom J. 56 angiebt — „quod omnes, qui rerum novarum moliendarum causa coissent reos fecit“, kann man als die Tendenz der XII Tafeln in L. 4. D. cit. bezeichnen.

1) Lange, a. a. O. I. 510. 545. II. 37. 100. Ich führe ihn als den neusten Schriftsteller an.

gegangen sein, da die Auswanderung der Plebejer an und für sich nach keinem Gesetz strafbar war, wie selbst von den Schriftstellern als Ansicht des Senats berichtet wird.

Es soll nicht geleugnet werden, dass zu dieser Annahme eines allgemeinen Straferlasses die von Dionysius gelieferten Berichte Veranlassung gaben. Aber schon ein Vergleich derselben mit denen des Livius fordert zum Nachdenken auf.

Da, wie bemerkt, aus diesen Abschnitten der Geschichte Roms ein Beweis für die im vorigen Paragraphen ausgesprochenen Behauptungen aus den vorgefallenen Thatsachen selbst geführt werden soll, so mag es gestattet sein, die verschiedenen Erzählungen des Livius und Dionysius selbst darzustellen.

Ich beginne mit der nüchternen und schon deshalb glaubwürdigeren Auseinandersetzung des Römers.

Die erste Revolution, die den jungen Freistaat erschütterte, war eine sociale; sie nahm durch eine ungeschickte Politik des herrschenden Standes, welcher das Uebel nicht heilen wollte, sondern es dadurch zu heben meinte, dass er die Sache in die Länge zog, einen militärischen Charakter an. Zwei Pflichten waren es, die den Plebejern in damaliger Zeit ihre Angehörigkeit zum römischen Staat bewusst werden liessen; mit dem Aufgeben dieser schwand jedes Band, das sie an die Republik und die Patricier knüpfte. Von der Steuerlast wird uns Nichts berichtet, wohl aber von der des Krieges, welcher die Plebejer um so mehr drückte, als dadurch sich ihre Schulden immer mehr vergrösserten und sie der Willkür ihrer patricischen Gläubiger Preis gaben.

Jede Revolution beginnt mit geheimen Clubbs und Versammlungen, dass auch dieser solche voraufgingen und zum Gegenstand die Verweigerung der Kriegspflicht hatten, ist bereits oben §. 2. bemerkt, auch dargethan worden, dass die Consuln, obgleich es in ihrer Macht gestanden, gegen dieselben nach dem noch in Geltung gebliebenen Gesetz des Tarquinius nicht einschritten. Der Wahl eines Dictators in der Person des Marius Valerius, dessen Namen beim Volke einen guten Klang hatte, gelang es eine Aussöhnung zu ermöglichen und unter Versprechung von Schuldreformen den Krieg glücklich zu beendigen. Da ihn der

Senat an der Ausführung derselben hinderte, so legte er sein Amt nieder. Das Heer stand noch unter Waffen und der Senat aus Furcht vor neuen geheimen Zusammenkünften wie vor dem Kriege[2]) beschloss, das Heer nicht zu entlassen, sondern befahl den Consuln, die nach des Valerius Abdankung ihr Amt wieder übernommen hatten, dasselbe gegen die Aequer zu führen. Damit war freilich den geheimen Verbindungen und der beabsichtigten Kriegsverweigerung die Spitze abgebrochen, denn das Heer war durch den Fahneneid gebunden. In der That zögerten die plebejischen Soldaten, ihr Gewissen mit einem Eidesbruch zu belasten und es ist nicht unglaubwürdig, dass sie sogar an den Mord der Consuln dachten, um sich dadurch von ihrem Eid zu befreien. Da sie aber zu der Erwägung gelangten, dass ein Mord sie von ihrer Verpflichtung nicht lösen könnte, so überwanden sie die Gewissensbedenken und zogen in Heeresordnung aus der Stadt auf den heiligen Berg. Die nicht waffenpflichtigen Plebejer, soweit sie nicht ausgehoben waren, die Weiber und Kinder blieben in der Stadt zurück. Der weitere Verlauf wird von Livius nur kurz berührt. Nachdem er pflichtschuldigst die traditionelle Fabel vom Magen und den Gliedern erzählt, durch welche Agrippa auf die Aufständischen gewirkt haben soll, bemerkt er nur, dass man sich zu den Bedingungen geeinigt, wonach der Plebs eigene Beamten zugesichert wurden.

Von einer Amnestie schweigt er gänzlich. Dieselbe war nicht nöthig wegen der verbotenen Versammlungen; weil diese dem Aufstand selbst nicht vorhergegangen waren und wegen der im Jahre vorher gehaltenen ein Einschreiten der competenten Behörde nicht Statt gefunden hatte. Wohl aber erschien der Bruch des Fahneneides einer Sühnung bedürftig. Insofern ist des Livius Bericht mangelhaft, dass er dieser nicht Erwähnung thut, wenn man eben nicht annehmen will, dass n seinen Quellen diese Thatsache gegenüber dem grossen Ereigniss der Bewilligung des Volkstribunals völlig in den Hintergrund trat. Andere Ungesetzlichkeiten, die verziehen werden mussten, waren nicht vorgekommen.

---

[2]) Liv. II. 32.

Weit ausführlicher behandelt denselben Gegenstand Dionysius von Halicarnass[3]), ohne jedoch dadurch mehr zu bewirken, als dass der unbefangene Beurtheiler gegen die Wahrheit seiner Darstellung Misstrauen empfindet. Er stimmt mit Livius in den Ursachen der Revolution, sowie darüber überein, dass dieselbe in eine Empörung der Soldaten hinauslief und dass deren Familien sowie die nicht im Heere dienenden Plebejer in der Stadt zurückblieben[4]). Er fügt noch hinzu, dass beim Beginn der Krisis die Plebejer sich zu kleinen Vereinen zusammenthaten und eidlich verpflichteten, den Kriegsdienst zu verweigern und ihren gedrückten Standesgenossen zu helfen[5]). Alles dies war aber, wie gezeigt worden ist, nach dem bestehenden Recht straflos und Dionys erwähnt daher auch nicht, trotzdem er mit grosser Weitschweifigkeit die im Senat von den Versöhnlichen und Unversöhnlichen (Appius Claudius) gehaltenen Reden mittheilt, dass diese offenen Vereinigungen des Volks Anstoss erregt hätten. Auch nach dem von Valerius glücklich geführten Kriege und den nicht bewilligten Erleichterungen werden im Gegensatz zu früher abgehaltenen nächtlichen offene Zusammenkünfte der Plebejer bei Tage berichtet[6]). Endlich wird von dem Griechen noch besonders die Absicht des Senats, das Heer, welches durch den Fahneneid gebunden war und die Scheu des letzteren, ihn zu brechen, hervorgehoben[7]).

Soweit ist gegen Dionys nichts einzuwenden. Der weitere Verlauf der Erzählung, sowie er sich einerseits durch rhetorische Färbung und Lebhaftigkeit der Phantasie auszeichnet, entfernt sich dadurch immer mehr von der Wahrheit. Bedenken erregt schon die Schilderung, dass sich mit dem aufständischen Heere

---

3) VI. 34--88.

4) VI. 51. 62. 67.

5) VI. 34.: — *κατ' ὀλίγους δὲ συλλεγόμενοι ὅρκοις ἀλλήλους κατ' ἐλάμβανον ὑπὲρ τοῦ μηκέτι συνάρασθαι τοῖς πατρικίοις πολέμον μηδενὸς καὶ ἑκάστῳ τῶν ἀπόρων καὶ ἰσχυομένῳ κοινῇ καὶ πρὸς τούς ἐντυγχάνοντας βοηθῆσαι.*

6) VI. 45.: *οἱ μὲν πένητες οὐκέτι κρύφα οὐδὲ νύκτωρ, ὡς πρότερον, ἀλλ' ἀναφανδὸν ἤδη συνιόντες ἐβούλευον ἀπόστασιν ἐκ τῶν πατρικίων.* Der Bericht des Livius gewinnt auch hier wiederum einen höheren Werth.

7) VI. 45.

andere politisch Missgestimmte und catilinarische Existenzen vereinigt hätten[8]), wovon Livius Nichts weiss. Nicht mindere Zweifel müssen entstehen bei dem Bericht der Senatsverhandlungen: des Zwiespalts zwischen der älteren gemässigten und der jüngeren an den Standesvorrechten hartnäckig festhaltenden Aristocratenpartei[9]), sowie der gehaltenen Reden, in denen jede Partei ihr Programm mit den gewöhnlichsten Phrasen auseinander setzt. Endlich aber scheint die Erzählung von dem Lucius Junius, der sich so gern, wie der Begründer der Republik und des Consulats, Brutus nennen hörte[10]) und obwohl als Narr geschildert, doch so vernünftig war wie jener und durch seinen Vorschlag dem Volk zum Tribunat verhalf[11]), auf eine wenig lautere aber populäre Quelle zu deuten, die bemüht war, den Ausgleich der Stände bis auf den gleichen Namen des Mannes, der die Freiheit beider begründete, durchzuführen.

Und gerade nur in diesen gegenseitigen Declamationen ist von einer allgemeinen Amnestie die Rede[12]). Es mag dahin gestellt bleiben, inwiefern die griechische Sitte, nach jeder Revolution und jedem Putsche eine allgemeine Amnestie zu bewilligen, auf Dionys eingewirkt hat, der ja selten unterlässt, als Urheber der guten Einrichtungen bei den Römern seine Landsleute hinzustellen. Bemerkenswerth aber ist, dass er selbst im Senat ohne Widerspruch die Meinung vertreten lässt, dass das Volk den Abfall ohne irgend eine Frevelthat ins Werk gesetzt habe[13])

---

8) VI. 46. am Ende.

9) Eine in der That billige Ausschmückung.

10) VI. 70. 72.

11) VI. 87.

12) VI. 47.: — „*ψηφισαμένης αὐτοῖς ἄδειαν τῆς βουλῆς*“ — VI. 46.: Instruction der Gesandten: -- „*κατιοῦσιν εἰς τὴν πόλιν ἄδειαν ὑπάρξειν τῶν ἡμαρτημένων-χαρίζονται δὲ αὐτῷ τὴν ἄδειαν τοῦ μηδενὸς ὑποσχεῖν τῆς ἀποστάσεως δίκην*“ — VI. 71.: Rede des Valerius: — „*γνώμην πεποίηται μηδενός τῶν γεγονότων μνησικακεῖν.*“ — VI. 72. wird dieselbe Phrase des Valerius durch jenen Brutus wiederholt. VI. 73. Brutus: „*οὐδὲν δέομεθα οὔτ᾽ ἀδείας οὔτ᾽ ἀμνηστίας.*“ VI. 77. Derselbe: *οὐδ᾽ ὥσπερ οἱ τὰ δεινὰ δεδρακότες ἐπ᾽ ἀδείᾳ καὶ ἀμνηστίᾳ κάθοδον λαμβάνειν.*“

13) — „*ὡς οὐδεμίᾳ κακίᾳ πεποίηται τὴν ἀπόστασιν ἀπ᾽ αὐτῶν ὁ δῆμος*“ — VI. 47.

und dass er bei dem Abschluss der Versöhnung selbst unter den Bedingungen über die Amnestie gänzlich schweigt.

Es kann also auch nach Dionys die Meinung aufrecht erhalten werden, dass, da die nächtlichen und verbotenen Zusammenkünfte mit der Revolution selbst in keiner unmittelbaren Verbindung standen, die bei Tage abgehaltenen, sowie die Vereine zur Verweigerung des Kriegsdienstes aber nach dem bestehenden Recht nicht strafbar waren, eine andere Ungesetzlichkeit als der Bruch des Fahneneides nicht vorfiel, eine Amnestie nur deswegen ertheilt werden konnte [14]).

Nur einer kurzen Darstellung bedürfen die späteren Revolutionen.

Die nächste war eine rein politische, hervorgerufen durch die Gewaltthätigkeiten der Decemvirn; sie ging auch nicht bloss von dem Heer aus, sondern geschah unter Betheiligung der von Icilius aufgeregten Plebs [15]). Hier interessirt nur die sowohl von Livius wie von Dionys berichtete Amnestie, welche als eine Bedingung der Aussöhnung hingestellt wurde.

Dionys beschränkt sich hier, dieselbe nur mit wenigen Worten hervorzuheben, ohne zu bemerken, worauf sie sich eigentlich bezog [16]), Livius dagegen ist genauer, indem er den Wortlaut der Amnestie sowohl unter den Bedingungen als auch in dem darauf abzielenden Volksschluss des Icilius anführt.

III. 53.: „ne cui fraudi esset concisse milites aut plebem ad repetendam per secessionem libertatem“, und

III. 54.: „ne cui fraudi esset secessio militis plebisque.“

Die Gleichmässigkeit dieser Ausdrücke rechtfertigen das Vertrauen, dass uns der Geschichtsschreiber hier eine in seinen Quellen gefundene Angabe schlicht und ohne seinerseits Etwas hinzuzufügen, überliefert hat.

Auf Grund dieser Amnestie werden also zunächst die Sol-

---

14) Mommsen, Röm. Gesch. I. 264.

15) Ausführlich handelt davon unter Angabe der Quellen Lange, a. a. O. I. 543—545. Mommsen, R. G. I. 274—276.

16) XI. 49: — *„τὰ γὰρ ἐπὶ τῶν ἱερῶν συνομολογηθέντα τοῖς πατρικίοις πρὸς τοὺς δημοτικοὺς ἐπ' ἀδείᾳ τε πάντων γενέσθαι καὶ ἀμνηστείᾳ τῶν προτέρων.“*

daten für straffrei erklärt und ihnen ihre Vereinigung zum Umsturz der Staatsverfassung verziehen, sie wird aber in gleicher Weise auch auf das übrige Volk ausgedehnt.

Die Vergehungen, welche amnestirt wurden, werden hier genau bezeichnet, sie bestanden darin, dass sich sowohl Volk und Heer zum Sturz der Verfassung vereinigt hatten. Die Verabredung hierzu war theils in nächtlichen Versammlungen[17]) getroffen worden, theils hatten hierzu Icilius und Verginius offen Heer und Volk zusammenberufen[18]). Das also war jetzt strafbar, während bei der früheren Revolution dies selbst in dem breiten Berichte des Dionysius nicht erwähnt wird. Es wird dies dadurch erklärt, dass von dem neuen Gesetzbuch bereits 10 Tafeln durch Volksschluss in Kraft getreten waren[19]) und sich unter diesen diejenigen befanden, welche das Abhalten nächtlicher Zusammenkünfte und die Vereinigung zum Bruch der Verfassung mit harter Strafe bedrohten. Gerade die angegebene Bedeutung dieser letzteren in L. 4. D. 47, 22. enthaltenen Bestimmung wird durch die Worte der Amnestie bestätigt. Bezögen sie sich bloss auf die nächtlichen Versammlungen, so würde man sich sicherlich deutlicher ausgedrückt und sie erwähnt haben; sie sind also auf die Vereinigung von Volk und Heer zu dem bemerkten Zweck im Allgemeinen zu deuten, und dann ist ja in ihnen auch die Straflosigkeit wegen der in der Nachtzeit veranstalteten Zusammenkünfte enthalten.

Dass aber auch noch dem Heere besonders Verzeihung zugesichert wird, hat offenbar seinen Grund in dem von diesem noch überdies begangenen Bruch des Fahneneides.

Was uns von einer dritten Empörung im ersten Kriege gegen Samnium von den alten Schriftstellern berichtet wird[20]), war Nichts als eine Soldatenrevolte, über deren Einzelnheiten schon Livius nach eigenem Geständniss[21]) kein klares Bild gewinnen konnte.

---

17) Liv. III. 48.
18) Liv. III. 50 f.
19) Liv. III. 34. Dion. Hal. X. 55. 57.
20) S. dieselben bei Lange, II. 36. Not. 1.
21) VII. 42.

Geendet wird sie abermals durch eine den Soldaten gewährte Amnestie: „ne cui militum fraudi secessio esset"; eingeschlossen waren aber darin offenbar auch diejenigen, welche von dem Consul entlassen und also ihres Fahneneides entbunden waren[22]), so dass auch hier wiederum eine Verletzung der zwölf Tafeln oder vielleicht schon der lex Gabinia, vorlag, die nicht geahndet werden sollte[23]). Es wird nämlich bei der Bitte um Amnestie auf die bereits in früheren Fällen gewährte Bezug genommen mit den Worten[24]): „militibus cavendum, quod apud patres semel plebi, iterum legionibus cautum sit, ne fraudi secessio esset." Der eine Fall in Betreff des Volkes kann nur die bei Gelegenheit der zweiten Revolution gewährte Amnestie bezeichnen, während der andere, der von zwei nur den Soldaten gegebenen handelt, sowohl auf die zweite als auch auf die erste Revolution gedeutet werden muss. Daraus folgt, dass die Amnestie der letzteren nur die militairischen Verbrechen umfasst hat — nämlich den Bruch des Fahneneides.

Nur auf wenige Notizen[25]) erstreckt sich unsere Kunde von der vierten, wiederum socialen Erhebung des Volkes, und diese schmälern sich noch in Bezug auf die zur Versöhnung aufgestellten Bedingungen. Aber auch ohne ausdrückliche Versicherungen wird man jetzt freilich annehmen dürfen, dass sich unter ihnen auch eine Verzeihung für die unerlaubten Zusammenrottungen befunden habe, da die Bestimmungen der 12 Tafeln immer noch in Kraft standen.

§. 5.
Weiterer Verlauf bis zu der Aufhebung durch den Senat.

Es ist gezeigt worden, dass die der Revolution unter Tarquinius voraufgehenden Unruhen das erste Verbotsgesetz gegen

[22]) Liv. VII. 39.

[23]) Vgl. auch Liv. VII. 38.: occultis conjurationibus. S. darüber unten §. 5. Not. 12.

[24]) Liv. VII. 41.

[25]) S. Lange, a. a. O. II. 100. Not. 2—5.

das Vereins- und Versammlungsrecht geschaffen haben, dass dieses in der Gesetzgebung der zwölf Tafeln genauer gefasst und auch noch durch eine neue Vorschrift erweitert worden ist. Zugleich offenbarte sich, dass, wie man auch im Gebiete des Privatrechts Versammlungen für juristisch irrelevant betrachtet und diese nicht nur von den Vereinen trennt, sondern unter diesen noch verschiedene Gruppen macht, die Römer in strafrechtlicher Hinsicht beide — Vereine wie Versammlungen — einander gleich setzten[1]), denn dass auch das Wort „sodales" die Genossen jeglicher Verbindung umfasst, geht aus der geschichtlichen Erörterung der Revolutionen hervor.

Man sieht aber ferner, dass auch bei den Römern die Strafgesetze über die Vereine und Versammlungen präventiver Natur waren. Es zeigt sich dies einmal in jener Warnungsvorschrift: dum ne quid ex lege publica corrumpunt, sodann aber auch in dem Verbot des coetus nocturni und der schweren Ahndung des Uebertretens derselben. Schon die Theilnahme oder vielmehr die blosse Betheiligung derselben wird als ein für sich bestehendes Verbrechen behandelt, ohne Rücksicht darauf, ob in den betreffenden Verbindungen überhaupt etwas Strafbares verabredet oder vorbereitet wurde.

Der Gedanke so vieler modernen Gesetzgebungen, in den Vereinen die Pflanzstätte jeglichen Unheils für den Staat zu sehen[2]), beherrscht auch die römische in alter wie neuer Zeit.

Es ist oben §. 2. hinsichtlich des Tarquinischen Verbotes *ἵνα μὴ βουλὰς ἀποῤῥήτους ποιῶνται* aufmerksam gemacht worden, dass sich dasselbe vorzugsweise und vielleicht ausschliesslich auf nächtliche Versammlungen bezogen haben muss — eine Meinung, die durch die spätere Codification der Decemvirn und die Erzählungen der Schriftsteller bestätigt wird. Jedenfalls werden sie von den XII. Tafeln ausdrücklich hervorgehoben. Wollte die Gesetzgebung in der angefangenen Weise weiter fortfahren, das Vereins- und Versammlungsrecht immer mehr einzuschränken,

---

1) Vgl. Platner, quaest. de jur. crim. Rom. p. 300.

2) „Constans omnium sententia est, nullum illicitis coetibus capitulio rem rei publicae pestem esse." Barnabas Brisson, Antiquitt. ed. Treckell p. 32.

so konnte dieses entweder so geschehen, dass überhaupt alle anderen Versammlungen ausser den staatlichen von den Behörden zusammenberufenen verboten wurden, oder dass man offene Verbindungen und Vereine gestattete, heimliche dagegen untersagte.

Als das nächste auf die zwölf Tafeln folgende Gesetz wird nämlich wiederum von dem obgedachten Declamator Porcius Latro in der angeführten Stelle[3]) eine lex Gabinia erwähnt[4]). Seine Worte darüber sind folgende: „Deinde lege Gabinia promulgatum: qui coitiones ullas clandestinus in urbe conflavisset more maiorum capitali supplicio multaretur." Wie wegen der von ihm berichteten Verordnung der zwölf Tafeln, so ist auch die Glaubwürdigkeit des Declamators in Bezug auf dieses Gesetz angefochten worden[5]). Aber auch dieselbe Erwägung, die bei jener massgebend ist, nämlich die Berichte der Alten, die das Vorhandensein ähnlicher Verbote voraussetzen, ist auch hier leitend, so dass in neuester Zeit die Existenz des Gabinischen Gesetzes nicht mehr in Frage gestellt wird[6]). Freilich das Alter derselben mit Bestimmtheit feststellen zu wollen, wäre eine unnütze Arbeit; es fehlen uns fast alle Anhaltepunkte für eine derartige Berechnung, deren Resultat nur wiederum eine Vermuthung, deren Werth dahin gestellt bleiben muss, sein kann[7]).

Dass es schon alten Ursprungs war, deutet die Bedrohung mit dem Tode an, welcher ja thatsächlich schon im vierten Jahr-

---

[3]) §. 3. Not. 3.

[4]) Vgl. darüber ausser den §. 3. Not. 1 angeführten Schriftstellern noch bes. Pauly, Realencycl. IV. 973; Heineccii, Antiquitt. Roman. jurispr. illustr. syntagma edd. Mühlenbruch S. 774 f.; Dieck, Historische Versuche über das Criminalrecht der Römer S. 73 f. und die von ihm angeführten Schriften, unter denen noch nennenswerth erscheint: Gundling, singularia ad legem Juliam majestatis et de silentio in hoc crimine. Hal. 1721.

[5]) Siehe darüber bes. Rein, a. a. O. S. 473.

[6]) Mommsen, De coll. et sod. p. 33 Not. 3.

[7]) Heineccius, a. a. O. S. 775 Not. n sagt: „Sed id quidem divinare quam adfirmare licebit facilius. In den neueren Werken findet sich gar kein Versuch auch nur zu einer annähernden Fixirung des Alters mehr. Vgl. Rudorf, Röm. R. G. I. S. 82.

hundert ausser Gebrauch gekommen war[8]). Es scheint ferner ein Plebiscit gewesen zu sein[9]), dessen Antragsteller, da sein Name einer alten plebejischen Familie angehört, offenbar zur Zeit Volkstribun war.

Halten wir uns zunächst einmal an den von Porcius Latro überlieferten Inhalt, so hat derselbe die Vorschrift der zwölf Tafeln von den nächtlichen Zusammenkünften im Besonderen auf alle heimlichen im Allgemeinen ausgedehnt — eine so einfache Bestimmung, dass sich darüber kaum reden lässt. Dass das Gabinische Gesetz nur dies verordnet haben soll, darf man wohl nicht annehmen. Es finden sich nämlich auch noch Versammlungsgesetze anderer Art, die, wenn man sie nicht auf besondere Rogationen, von welchen jedoch Nichts berichtet wird, zurückführen will, zumal sie inhaltlich einen gemeinsamen Ursprung verrathen, denselben vielleicht in der lex Gabinia haben.

Im Jahre 357 nach Gründung Roms wird auf Antrag der Volkstribunen unter Todesstrafe verboten, dass kein Magistrat ausserhalb Roms eine Volksversammlung abhalten sollte, um nicht etwa durch Soldaten, welche in des Consuls Eid und Pflicht standen, für die Volksfreiheit verderbliche Gesetzesvorschläge durchkommen zu lassen[10]).

Im Jahre 568, bei Gelegenheit der Untersuchung wegen der Bacchanalien, bringt der Consul Postumius in seiner Rede an das Volk dieselben auch unter den Gesichtspunkt der unerlaubten Verbindungen. Und es geschieht offenbar mit Beziehung auf ein Gesetz alter Zeit, wenn er sagt, dass nur solche Volksversammlungen gestattet sein sollten, die zur Abhaltung der Comitien oder von irgend einem Staatsbeamten zusammenberufen würden, und dass überall, wo eine Zusammenkunft des Volkes stattfinde,

---

8) Lange, a. a. O. II. 519.

9) Wenn dieser Schluss aus den Worten des Porcius, dass Catilina contra plebis auctoritatem gehandelt habe, erlaubt ist.

10) Liv. VII. 16: ceterum tribuni plebis — ne quis postea populum sevocaret, capite sanxerunt: nihil enim non per milites iuratos in consulis verba quamvis perniciosum populo, si id liceret ferri posse. Vgl. Schulz, Volksversammlungen der Römer, S. 196.

auch ein leitender Beamter vorhanden sein müsse [11]). Beide Vorschriften stehen im Zusammenhang, wie einerseits ausserhalb Roms nicht einmal ein Magistrat eine Volksversammlung berufen sollte, so durfte dies innerhalb der Stadt nur von einem Beamten des Staates geschehen. Dazu kommt endlich das Verbot aller geheimen Zusammenkünfte, dessen Uebertretung gleichfalls mit dem Tode gebüsst wurde. Diese drei Capitel mochten vielleicht den Inhalt des Gabinischen Volksschlusses gebildet haben, dessen Entstehungszeit somit in das Jahr 357 verlegt werden könnte. Merkwürdig jedenfalls erscheint es, dass nach jenem Jahre occultae conjurationes von Livius besonders erwähnt worden [12]); sie müssen eben damals gesetzlich, d. h. mit einer Strafe ausgezeichnet gewesen sein, dass die Chronisten, aus denen er schöpfte, ihrer gedachten, so z. B. bei der dritten sog. Revolution während des samnitischen Krieges [13]).

Ja im Jahre 440 wird sogar vom Senat eine ausserordentliche Untersuchung gegen die geheimen Verbindungen, die sich namentlich in Campanien gebildet hatten, beschlossen und zu diesem Zweck in der Person des C. Mänius ein Dictator ernannt. Wir erfahren auch, dass dieser durch eine freie Interpretation des ihm ertheilten Auftrages seine Untersuchung auf Rom ausdehnen wollte und unter sichtlicher Bezugnahme auf schon bestehende Rechtssätze, sei es in den zwölf Tafeln, sei es in dem Gabinischen Gesetz, das Präjudiz aufstellte, dass auch die Verbindungen zur Erlangung der Ehrenstellen, als gegen den Staat gerichtet, unerlaubt seien [14]). Damals drang der Dictator mit

---

11) Die Wortfassung verräth die Citirung einer gesetzlichen Norm, Liv. XXXIX. 15.: „maiores vestri ne vos quidem, nisi cum aut vexillo in arce posito comitiorum causa exercitus eductus esset aut plebi concilium tribuni edixissent aut aliquis ex magistratibus ad contionem vocasset, forte temere coire voluerunt; et ubicunque multitudo esset, ibi et legitimum rectorem multitudinis censebant debere esse.“ Vgl. auch Liv. XXXIX. 16.

12) conjuratio bedeutet ursprünglich jede Vereinigung. Vgl. z. B. das Lexicon von Freund u. d. W. Zumpt II², 382.

13) Liv. VII. 38.

14) Liv. IX. 26.

seiner Ansicht nicht durch, woraus wir auch ersehen, dass die lex Gabinia insofern den Schlussstein der Gesetzgebung gebildet hat, als Verbindungen selbst mit politischer Richtung, wenn sie nur öffentlich waren, auch nach ihr erlaubt blieben [15]).

Dies war der Zustand der Gesetzgebung bis auf Cicero's Zeit [16]); dieselbe hatte so vollständig ausgereicht, dass selbst Sulla's sonst in alle Gebiete des öffentlichen und bes. Strafrechts eingreifende Gesetzgebung nach dieser Richtung Nichts zu ergänzen nöthig hatte. Zwar behauptet Zumpt [17]) das Gegentheil; er führt aber Nichts an, wodurch diese allgemein hingestellte Behauptung gerechtfertigt wäre. Denn die von Sulla eingeführte Einschränkung des Tribunicischen Versammlungsrechts [18]) gehört ebenso wenig hierher, als das Gesetz über Mord, wonach derjenige verurtheilt werden sollte, „qui eorum coit, coierit convenit convenerit quo quis judicio publico condemnaretur" [19]). Die erste Anordnung bezieht sich auf eine öffentliche Einrichtung, in der zweiten dagegen tritt die Vereinigung selbst gegenüber dem von ihr beabsichtigten Zweck ganz in den Hintergrund.

Im Uebrigen war die Auflösung einer einzelnen Verbindung ganz und gar Verwaltungssache, wie sich dies schon bei den öffentlichen Versammlungen zeigt [20]), auch die bisherige Darstellung ergiebt.

---

15) Vgl. §. 6.

16) Er erwähnt noch in der zweiten Rede über das Ackergesetz gegen Rullius tadelnd der von jenem gehaltenen heimlichen und nächtlichen Versammlungen. Es scheinen jedoch die alten darüber bestehenden Gesetze nicht mehr angewendet worden zu sein, sonst würde Cicero wohl sicher daraus Capital geschlagen haben. Auch die von Mommsen de coll. p. 33 Not. 3 angedeutete Ansicht, als ob das Verbot und die Strafe der Bacchanalien auf Grund der erwähnten Vorschriften erfolgt sei, kann ich nicht theilen, weil nur diejenigen mit dem Tode bestraft wurden, welche sich ausser der Theilnahme an den Bacchanalien auch anderer Verbrechen, wie falscher Zeugeneide, Falschmünzerei, Testamentsunterschiebung schuldig gemacht hatten. Liv. XXXIX. 18.

17) II², 383. a. a. O.

18) Rubino, Untersuchungen S. 45.

19) Cic. pr. Cluent. LIV. 148. Vgl. Zumpt, a. a. O. II². S. 5, 20, 27.

20) Gellius, noct. Att. edd. Hertz XIII. 16.

Schon dass in der ältesten Zeit diese Befugniss als ein Ausfluss der höchsten Gewalt dem Könige zugestanden hatte, musste eine Andeutung sein, dass dieselbe während des freien Staats auf die Consuln übergegangen war. Trotzdem sind entgegenstehende Ansichten verbreitet. Dirksen[21]) will schon in den alten Bezirksvorstehern (magistri vicorum et pagorum) eine polizeiliche Einrichtung erblicken, von denen wir nur wissen, dass sie die Leiter der gemeinsamen Spiele[22]) und, wie aus dem religiösen Charakter der letzteren zu schliessen ist, überhaupt die Cultusvorsteher des Bezirks gewesen sind. Inwiefern also diesen Vorstehern eine polizeiliche Amtsthätigkeit zukam, bleibt ohne jeden Beweis. In Bezug auf die Aufsicht der übrigen Corporationen im Allgemeinen knüpft er an den Bericht des Livius an[23]), wonach die Einführung der Censur besonders dadurch begründet wird, dass derselben die Aufsicht über die niederen Subalternbeamten des Staats übertragen werden sollte, damit die Consuln sich nicht mit so unwürdigen Functionen zu beschäftigen hätten. Von diesen Magistratsdienern soll sich das censorische Controllrecht, soweit es nicht durch besondere Gesetze, wie z. B. über die Boten[24]), anderen Behörden übertragen wurde, allmählich erweitert haben[25]). Diese Meinung fand allgemeine Billigung[26]). Nach Anderen waren es die Aedilen und die Nachtwachtpolizei, denen diese Sorge oblag[27]). Auch hierfür fehlt jeder Beweis.

Wie in der Gesetzgebung, so lässt sich in diesem Gebiete der Verwaltung ein Unterschied zwischen Versammlungen und Vereinen nicht auffinden. Die Sorge, dass das gesammte Vereinswesen keine staatsgefährliche Richtung einschlage, lag den Con-

---

21) Abhandlungen a. a. O. p. 28, 53.

22) Ascon. Pedianus ad Cic. in Pison. C. 4.: „Solebant autem magistri collegiorum ludus facere ...“

23) IV. 8.

24) Lex de viatoribus bei Haubold, Antiqu. Rom. mon. leg. edd. Spangenberg, S. 85—89. Diese Erweiterung der censorischen Befugniss ist durch Nichts gerechtfertigt.

25) Dirksen, a. a. O. S. 73 f.

26) Pauly, Realencycl. III. 497.

27) Treckell zu Brisson in der Note p. 33 a. a. O.

suln ob, deren Amtsthätigkeit als Schutz für die Sicherheit und Wohlfahrt des Staats sich nothwendig auch darauf erstrecken musste [28]). Wir sehen, wie der Senat, als die Consuln sich dieser Bürde entledigen und auf ihn übertragen wollten, sich dagegen wehrte und ausdrücklich das Einschreiten gegen die unerlaubten Verbindungen als Pflicht der consularischen Machtvollkommenheit bezeichnete [29]). Dass immer diese Sorge ein Ausfluss der höchsten Regierungsgewalt gewesen ist, ergiebt sich auch daraus, dass sie unter der Herrschaft der Decemvirn diesen zustand [30]). Nirgend ist verbürgt, dass sich die Consuln hierin, wie in anderen Gebieten der hohen Polizei, von den Aedilen vertreten liessen. Als aber die Verwaltung des Staates, um dieselben nach gleichmässigen Grundsätzen zu leiten, immer mehr in die Hände des Senats gerieth, dieser also immer mehr der Träger der höchsten Executivgewalt wurde [31]), so ging auch auf ihn die Controlle über die Vereine und Versammlungen über, in der Weise jedoch, dass es immer die höchsten Staatsbeamten waren, denen der Senat die Ausführung der gefassten Beschlüsse übertrug. So war es der Senat, der im Jahre 410 die Untersuchung über die geheimen Verbindungen einem Dictator übertrug [32]); an ihn wird wegen der Bacchanalien von den Consuln berichtet, welche von ihm mit der Verfolgung und Untersuchung derselben beauftragt werden [33]). Endlich war es der Senat, der im Allgemeinen gegen die Verbindungen einschritt, wie im folgenden Paragraphen auseinandergesetzt werden soll.

Zum Schluss ist noch hervorzuheben, dass das Verfahren gegen die unerlaubten Vereinigungen sich nicht in den Formen des regelmässigen Strafprocesses bewegte. In ausserordentlicher

---

28) Sie heissen die legitimi tutores reipublicae (Cicero ad Quirit post red. V. 11.), oder tutores fideles (Cic. de oratore III. 1, 3).

29) Oben §. 2. Not. 11.

30) Liv. III. 48.

31) Lange, a. a. O. I. 613. II. 368 ff.

32) S. oben Not. 12a.

33) Liv. XXXIX. 14.: „(Patres quaestionem deinde de Bacchanalibus sacris nocturnis consulibus mandant).

Weise (extra ordinem) ging man vor und bewirkte dadurch, dass die von den Beamten gefällten Urtheile nach Art der alten Gerichtshoheit unwiderruflich waren und eine Provocation an das Volk nicht Statt fand.

So erschienen den Römern schon von Anfang an die strengsten Massregeln gegen das Verbindungswesen geboten.

§. 6.

Die Massregeln des Senats.

Die Schranken, welche die Strafgesetze dem Vereins- und Versammlungswesen gesetzt hatten, waren, wie gezeigt worden ist, keineswegs so ganz gezogen, um nicht noch innerhalb derselben einer freien Bewegung Spielraum zu gestatten. Dass die Römer hiervon genügenden Gebrauch machten, davon geben uns die Vorgänge auf dem politischen Gebiet ein klares und deutliches Bild[1]). Hier war es namentlich die mit der republicanischen Verfassung verbundene Wahlfreiheit der Staatsbeamten, welche den Ehrgeiz grosszog und in den zu diesem Zweck organisirten Verbindungen einen starken Hebel fand. Das ganze politische Leben gipfelte nicht sowohl in der Gesetzgebung, als vielmehr in den Wahlen. Denn bei der grossen Unverantwortlichkeit der römischen Beamten während ihrer Amtsdauer ward diesen die Möglichkeit, Gesetze in ihrem Sinne durchzuführen, in dem weitesten Maasse gewährt. Die Hauptfrage war daher immer nur, gewählt zu werden. Hier gewinnt also erst das Vereinswesen an Bedeutung und hier zieht es erst die Aufmerksamkeit des Staates auf sich. Die Nachrichten der alten Schriftsteller bestätigen, dass es schon in früher Zeit dergleichen Wahlagitations-Clubbs gegeben hat. Wenn sich im Jahre 411 nach Gründung Roms der Consul Valerius Corvus rühmen darf, dass er nicht durch Verbindungen oder bei den Vornehmen übliche Clubbs, sondern durch sein Verdienst die

[1]) Ueber die Vereinigungen anderer Art s. §. 1. Not. 10—13.

höchste Stelle im Staate erlangt habe[2]), so liegt darin ein mehr als genügender Beweis für das Alter und die Macht des politischen Vereinswesens. Dasselbe war bereits so erstarkt, dass es sich gegen die unumschränkte Gewalt des Dictators aufrecht zu erhalten wusste[3]).

Auch für solche politische Verbindungen gab es in der römischen Sprache keinen allein geltenden, rein technischen Ausdruck; coetus, factio, sodalitas[4]) bezeichnen diese, wie andere Vereine, und namentlich das letztere Wort hat, als schon die damit bezeichneten Verbände strafbar erschienen, auch noch seine harmlose, sogar ein inniges Verhältniss bezeichnende Bedeutung beibehalten[5]). Noch nach der lex Licinia wird von Cicero der Ausdruck sodalis für die Benennung des innigst verbundenen Freundes gebraucht[6]), während andererseits so auch die in jenem Gesetze mit harter Strafe bedrohten Genossen genannt werden[7]).

Dieser Mangel erschwert natürlich die Untersuchung in unserer Lehre ebenso, wie in den übrigen Gebieten des römischen Strafrechts[8]).

Auch die Schriftsteller gewähren uns für die Beurtheilung der gegen diese Verbindungen gerichteten Strafgesetze keine hinreichende Ausbeute, da sich ihre Erzählungen mehr mit dem Treiben der Parteihäupter beschäftigen; wir sind fast überall auf

---

2) Liv. VII. 32.: „Non factionibus modo nec per coitiones, usitatas nobilibus, sed hac dextra mihi tres consulatus summamque laudem peperi.“ Ich glaube nicht, dass hier schon das Wort „coitio“ die spätere Bedeutung der gegenseitigen Uebereignung der Wahlstimmen hat.

3) Liv. IX. 26. s. o. §. 5. Not. 12a., vgl. auch Zumpt II². 382.

4) Vgl. bes. Mommsen, De coll. p. 40—42.

5) Vgl. Mommsen, a. a. O. p. 5 ff.

6) pr. Plancio XII. 29.: — „quem (patrem) amat ut sodalem“ —

7) pr. Plancio XIX. 46.; — „quos si tu sodales vocas, officiosam amicitiam nomine inquinas criminoso.“

8) Das unvortheilhafte Abstechen des Strafrechts gegenüber dem so fein ausgebildeten römischen Privatrecht mag wohl darin seinen Grund haben, dass das erstere weniger unter den Händen sachkundiger Juristen, als in den Schwurgerichten seine Ausbildung fand, vor denen die juristische Form hinter die rhetorische zurücktrat.

Vermuthungen angewiesen, und so kann es uns nicht Wunder nehmen, wenn auch heute noch darüber ein lebhafter Streit geführt wird.

Wie sich in den letzten sechs Jahrzehnten des römischen Freistaats diese politischen Clubbs bei den Wahlumtrieben breit machten, wie selbst die höheren Stände deren Beihilfe bei der Durchführung ihrer Candidaturen nicht verschmähten und zu diesen Mitteln sogar Leute, die, wie Cicero, die Reinheit ihres Charakters bei der Bewerbung um Ehrenstellen nicht genug zu rühmen wissen, griffen, das ist bereits von Mommsen in trefflicher Weise dargestellt worden[9]). Der Keim zu diesen Ausschreitungen lag in der schon gedachten Eintheilung der städtischen Bevölkerung in geographische Bezirke, deren Bewohner wir bereits vor der Vertreibung des letzten Königs aufgeregt und agitatorisch thätig sahen[10]). Ursprünglich religiöse Zwecke verfolgend, die sich in der gemeinsamen Verehrung der Feldgottheiten und in der Feier von Spielen zu deren Ehren zeigten, arteten sie in einer Zeit, in der die Religion zum Schein herabsank, aus. Ohne weiteren inneren Halt boten diese Bezirksgenossen den Wühlern und Parteigängern ein geeignetes Feld zur Bestechung bei den Wahlen und zur Ausführung revolutionärer Putsche. Es zeigt sich auch hier die Aehnlichkeit des Alterthums mit so vielen Einrichtungen und Gewohnheiten unserer Zeit.

Der Senat durfte, wenn er die Existenz des Staates nicht aufs Spiel setzen wollte, nicht länger unthätig diesem Treiben zusehen, er hob im Jahre 64 v. Chr. diese Bezirksvereine auf. Darauf bezieht sich die Anmerkung des Asconius zu Cicero's Rede gegen Piso[11]). Dies nachgewiesen zu haben gegenüber der älteren Ansicht, welche unter dieses Verbot allein die Handwerkerzünfte fallen liess[12]), ist das Verdienst von Dirksen[13]), welcher jedoch

---

9) Mit Bezug auf Q. Cic. de pet. cons. C. 5., Cic. ad Quint. fr. III. 1. Dio Cassius XXXVII. 57., s. Mommsen an dem Not. 4 angeführten Ort.

10) Oben §. 2.

11) Bei Orelli p. 7.

12) Heineccius, a. a. O. C. 1. §. XIII. ff.

13) Abhandlungen, a. a. O. S. 38 ff.

über die Zeit dieses Senatsschlusses irrte, indem er ihn durch die Berechnung des Asconius über den zwischen diesem und dem Clodischen Gesetz liegenden Zeitraum verleitet, in das Jahr 68 setzte. Orelli, welcher bereits das Jahr 64 als feststehend angenommen hatte, erhielt einen durchgreifenden Beweis für seine Ansicht durch die überzeugende Ausführung von Mommsen[14]). Ob auch noch die Mitglieder dieser Vereine mit einer Strafe belegt wurden, davon wird Nichts berichtet; es ist dies aber kaum anzunehmen, weil das Uebel schon zu tief in alle Schichten der Bevölkerung gedrungen war, und so konnte auch unter diesen Umständen von der Anwendung der harten Zwölftafel-Vorschrift gar nicht mehr die Rede sein.

Mit der Auflösung dieser Vereine aber scheint es nicht abgemacht gewesen zu sein. Das Uebel lag tiefer; die Clubbwuth hatte die Gemüther zu stark ergriffen, als dass nicht zur Bildung neuer ein Ausweg hätte gefunden werden können. Die Handwerkerzünfte hatte der Senat im Jahre 64 bestehen lassen und in diese zog sich jetzt das frühere tumultuarische und demagogische Wesen der Bezirksvereine zurück. Mit den lebhaftesten Farben wird uns von Cicero geschildert, wie aufgeregte Tribunen eine solche Macht auf die Handwerker ausübten, dass diese auf Befehl ihre Werkstätten schlossen und sich um jene schaarten[15]). Es ist auf diese Aeusserungen Gewicht zu legen; denn, dass wir es nicht mit einer Uebertreibung Cicero's zu thun haben, mit der er in den Reden gegen seine Feinde so wenig sparsam ist, das beweisen nicht nur die gleichmässigen wiederkehrenden Bemerkungen, sondern es wird auch von Asconius in der Inhaltsangabe der Rede für Milo bestätigt[16]).

Da also die Bezirksvereine, die dem Unwesen sowohl eine legale als auch eine dem Parteitreiben nützliche Organisation

---

[14]) De coll. p. 74. 77, bes. Not. 23. Zumpt II². 383. folgt ohne Grund der alten Ansicht. A. M. wider Rimkes diss. p. 150 ohne triftigen Grund.

[15]) Cic. pro dom. C. 5. 33. Acad. quaest. IV. 47. pro Flacco C. 8. in Catil. IV. 8. Sigon, a. a. O. II. C. 12. Heineccius, C. 1. §. XIII.

[16]) Bei Orelli p. 41: — „T. Munatius pro concione populum adhortatus est ut postero die frequens adesset — Postero die clausae fuerunt tota urbe tabernae ..."

gaben, aufgelöst waren, so bildeten sich unter dem Schein von Zünften neue Verbindungen, welche jenen alten politisch-tendenziösen Zweck fortsetzten. In der That finden sich bei den Römern, wie aus den Inschriften hervorgeht, so unendlich viel Verbindungen von Handwerkern, als in Deutschland nicht einmal in der höchsten Blüthe des Zunftwesens bestanden haben[17]). Wie sich später unter der Regierung des Kaisers Augustus verbrecherische Vereine scheinbar als ein Collegium aufthaten[18]), so geschah es auch nach dem Senatsschluss vom Jahre 64. Der Senat sah sich daher genöthigt, in einem neuen Beschluss, dessen Alter nicht feststeht, welcher aber offenbar dem Clodischen Gesetz voraufging, diejenigen Zünfte aufzuheben und zu verbieten, deren Handwerk vorzugsweise in demagogischen Umtrieben bestand, während er dagegen diejenigen bestehen liess, welche es wirklich ehrlich meinten. Das waren offenbar solche, die schon von Alters her bestanden, und die eben dadurch ein conservatives Element in sich bargen, wie z. B. die Zünfte der Holzarbeiter und Andere mehr. So ist allein die Stelle des Asconius in seinem Commentar zu der Rede des Cicero für C. Cornelius zu verstehen: „Frequenter tum etiam coetus factiosorum hominum sine publica auctoritate malo publico fiebant: propter quod postea collegia s. c. et pluribus legibus sunt sublata, praeter pauca atque certa, quae utilitas civitatis desiderasset quasi, ut fabrorum fictorumque“[19]). Die Worte, „sine publica auctoritate“, bedeuten nicht etwa, dass sich damals schon keine Vereine mehr ohne staatliche Genehmigung bilden durften, sondern beziehen sich auf die in den alten Klassikern erwähnten Ueberlieferungen, welche die Handwerkerzünfte als eine Einrichtung der Könige Numa oder Servius Tullius darstellten[20]). Schon dies hätte darauf hinweisen müssen, dass diese Bemerkung des Asconius mit der zur Pisoni-

---

17) Man vergleiche Niebuhr, Röm. Gesch. Bd. 3. S. 349—353. Brisson, a. a O. p. 34.

18) Sueton, Octav. C. 32.

19) Orelli, p. 75. Heineccius, a. a. O. §. XIV., will statt des letzten Wortes tinctorumque, Savigny, System S. 257 Not. n, tictorumque lesen.

20) Siehe oben §. 1. Not. 3. u. §. 2. a. E.

schen Rede[21]) nicht identisch ist. Trotzdem hat die neuere Literatur diese Gleichstellung stets angenommen, entweder so, dass die Pisonische Stelle ebenfalls für Handwerker gelten sollte[22]) oder so, dass man auch die Note in der Cornelischen Rede, wie jene, auf die Bezirksvereine bezog[23]). Trotzdem liegt die Verschiedenheit beider auf der Hand und muss auch behauptet werden. In der Anmerkung zur Rede gegen Piso ist von Handwerkern keine Rede; die darin erwähnten Collegia werden mit den compitalitischen Spielen in Verbindung gebracht, deren Feier von jenen Bezirksvereinen begangen wurde. In dem Commentar zur Cornelischen Rede dagegen werden ausdrücklich Handwerkerzünfte genannt; dies durfte nicht geschehen, wenn damit nur eine Wiederholung des im Jahre 64 erlassenen Senatsbeschlusses bezeichnet werden sollte, Asconius würde nicht unterlassen haben, einen solchen Umstand zu bemerken, und hätte auch das von ihm bei Piso Gesagte wieder in Erinnerung bringen müssen. Wenn von den Klassikern eine solche Auflösung der Zünfte nicht weiter erwähnt wird, so liegt dies wahrscheinlich einmal darin, dass in ihnen eigentlich Handwerker gar nicht waren, sondern der Zusammentritt nur zum Schein geschah, sowie dass bald darauf durch das Clodische Gesetz jener Senatsbeschluss aufgehoben wurde. Es ist ferner auffällig, dass Asconius von dem Entstehen neuer „coetus factiosorum hominum" spricht. Hieraus ergiebt sich einmal, was übrigens von Keinem angenommen ist, dass die erwähnte Bemerkung nicht eine Paraphrase der Pisonischen ist, wir es also mit zeitlich verschiedenen Verordnungen zu thun haben; andererseits aber auch, dass diese Verbindungen von den alten Bezirksvereinen unabhängig sind.

---

21) Oben Not. 11.

22) Sigonius, a. a. O. II. 12. Heineccius, a. a. O. C. 1. §. XIII. ff.

23) Dirksen, S. 40. Mommsen, p. 74. Inwiefern Dirksen aus Asconius ein dreimaliges Verbot des Senats gegen die Vereine und Verbindungen herauslesen will (S. 36), ist mir unerfindlich. Mommsen, p. 73 Not. 2, stellt die Frage auf, ob nicht statt „postea" — postea ea gelesen werden dürfte. Man kann entweder diese Conjectur annehmen oder, was schon genügen würde, das „postea" in post ea trennen, wodurch die Stelle an Klarheit gewinnt.

Die Annahme, dass trotz des Senatsschlusses jene bald wieder ohne ausdrückliches Gesetz entstanden sind[24]), wird durch Nichts begründet und hat sogar die Quellenzeugnisse gegen sich. Noch führte der Senat ein zu straffes Regiment, um solche Widersetzlichkeiten offen zu dulden, noch dazu von Seiten geringer Leute, die ja den Hauptbestandtheil der Bezirksvereine bildeten.

Das von Dirksen angezogene[25]) neunte Capitel der ersten Philippischen Rede enthält auch nicht das Geringste, wodurch wir auf eine Wiederbelebung der Bezirksvereine, noch dazu gegen das ausgesprochene Verbot des Senats, zu schliessen berechtigt wären. Es ist darin nur in den allgemeinsten Ausdrücken von einer gemietheten Menge, von Söldlingen, von aufrührerischen, aufständischen, verderblichen Bürgern die Rede; darunter die Bezirksgenossen zu sehen, darf auch die kühnste Interpretation nicht wagen, das stärkste Argument dagegen findet sich in dem durch Asconius erhaltenen Ueberbleibsel von Cicero's Rede gegen Piso und der dazu von jenem gegebenen Erklärung[26]). Cicero wirft darin dem Piso vor, dass er es geduldet habe, als Clodius gegen den Senatsbeschluss die Bezirkspiele feiern liess und Asconius bemerkt dazu, dass nach Auflösung jener Vereine mehrfach zwar im Senat von der Feier der damit untergegangenen Spiele die Rede war, dass auch schon vor dem Clodischen Vereinsgesetz Versuche zur Abhaltung der Spiele und damit zur indirecten Wiederbelebung der Bezirksvereine gemacht wurden, dass alles dies aber erst dem Clodius gelang. Ja er will den dem Piso von Cicero gemachten Vorwurf nur darauf gerichtet wissen, dass er dem Clodius die Feier gestattet hatte, ehe noch die Vereine selbst durch dessen Gesetz wiederhergestellt waren[27]). Sie können

---

24) Dirksen, a. a. O. S. 40.

25) a. a. O. Not. 107.

26) Bei Orelli p. 7.

27) Ascon (Or. p. 8): „Invidiam ergo et crimen restitutorum (sc. ludorum) confert in Pisonem quod, cum consul esset, passus sit ante, quam lex ferretur, facere .... praetextatum ludos Sex Clodium.“ Dieser war Freund und Helfershelfer des Publius Clodius. Vgl. Cic. pr. Sest. XXV. 55. ad Attic. III. 15, 5.

also unmöglich vor demselben auch nicht in heimlicher Weise wieder ins Leben getreten sein[28]).

§. 7.

.Das Clodische Gesetz[1]).

Erst der gewaltthätige Demagoge Publius Clodius, über dessen Leben wir freilich unsere Kenntnisse aus der trübsten Quelle der Geschichte, den Mittheilungen seines erbitterten Feindes, schöpfen müssen, beseitigte durch das nach ihm genannte Gesetz alle Schranken und Hemmnisse, welche die Vorsicht des Senats dem Vereins- und Versammlungsleben gesetzt hatte. Als er im December des Jahres 59 v. Chr. das Volkstribunat, wozu er gewählt worden, antrat, zeigte er schon dadurch, dass er im Januar des darauf folgenden Jahres kurz nach Beginn seiner Amtsthätigkeit die alten Bezirksspiele, wie wir sahen, in Scene setzen liess, was er wegen des Vereinswesens im Schilde führte. Unter den vier von ihm eingebrachten und ausgeführten Gesetzesvorschlägen, die in der Reihenfolge von Asconius[2]) aufgezählt werden, befindet sich auch der über die Wiederherstellung und Neubildung von Vereinen (lex de collegiis restituendis novisque instituendis). Der Inhalt desselben war ganz einfach, kaum war der Ueberschrift etwas hinzuzufügen. Es wird die Vereins- und Versammlungsfreiheit im vollsten Maasse proclamirt. Ungenau ist es, wenn Dio Cassius[3]) nur von der Wiederherstellung der

---

[28]) Ueber die verschiedenen Gesetze, die nach Asconius wegen der Auflösung der factiösen Verbindungen gegeben wurden, ist Nichts zu ermitteln, wenn er nicht etwa an den Senatsschluss vom Jahre 64, an den vorliegenden, an den dem Licinischen Gesetz voraufgehenden und an dieses, sowie an das Cäsarische und Augusteische Gesetz gedacht hat. Vgl. Mommsen, a. a. O. p. 73 Not. 3.

[1]) Drumann, Gesch. Roms, II. 27. 65. 240 f. V. 636. Mommsen, a. a. O. p. 77. Dirksen, a. a. O. S. 58. Zumpt, II². 383 f. Rein, a. a. O. S. 825 Anm. Heineccius, C. 1. §. XVI.

[2]) Bei Orelli p. 9.

[3]) XXXVIII. 13.: „*Ὁ οὖν Κλώδιος — τὰ ἑταιρικὰ κολλήγια ἐπιχωρίως καλούμενα, ὄντα μὲν ἐκ τοῦ ἀρχαίου, καταλυθέντα δὲ χρόνον τινὰ ἀνενεώσατο.*“

alten und ehemals aufgelösten Vereine durch Clodius spricht; denn ausser durch Asconius wird auch durch Cicero an zwei verschiedenen Stellen bestätigt, dass Clodius nicht nur die vom Senat aufgelösten Verbindungen erneuert, sondern auch unzählig andere, noch niemals bestandene gegründet habe[4]). Den uneingeschränktesten, ausgedehntesten Gebrauch machte der Gesetzgeber selbst von dieser neu errungenen Freiheit. Es liegt gewiss viel Wahres in dem Bilde, das Cicero des Oefteren seinen Zeitgenossen, die es ja mit erlebt haben mussten, von der Benutzung des Vereins- und Versammlungsrechts Seitens des Clodius giebt. Wie ein Feldherr sass er vor den Augen der Consuln auf dem Marktplatz vor dem Aurelischen Richterstuhl und hielt eine Ausmusterung über die Leute, die sich von ihm zu neuen Vereinen anwerben liessen[5]). Es muss auch Wahrheit in dem oft wiederholten Satz enthalten sein, dass Clodius nicht nur mit der niedrigsten Hefe des städtischen Pöbels, sondern sogar mit Sklaven seine Vereine füllte[6]). Welcher Art diese Letzteren gewesen seien, als deren Zweck von Cicero in zu stark aufgetragenen Farben: Gewalt, Mord und Raub angegeben wurde, wird wiederum ausdrücklich nicht berichtet. Dieselben aber bloss als neue Handwerkerzünfte[7]) oder bloss als Bezirksvereine[8]) hinstellen zu wollen, reicht nicht aus; sie begriffen, da ein volles Vereinsrecht eingeführt wurde, Verbindungen jeglicher Art, also auch diese beiden in sich. Für die ersteren zeugt Cicero selbst[9]), indem er den Verkehr des Clodius mit den Handwerkern hart tadelt, auch das Schliessen ihrer Läden auf Befehl desselben, um sich an den Wahlkämpfen zu betheiligen, betont; für die letztere deutet die Clodianische Bildung der Vereine nach geographischen Bezirken (vicatim) und die durch ihn geschehene

---

4) Cic. in Pison. IV. 9. pro Sest. XXV. 55.

5) Pro Sest. XI. 31. in Pis. V. 11. pro dom. XXI. 54.

6) Ausser den Not. 4 u. 5. citirten Stellen noch in Pison. X. 23. post red. in Sen. XIII. 33: simulatione collegiorum.

7) Heineccius, Drumann, a. a. O.

8) Dirksen, Mommsen, a. a. O.

9) Pro dom. C. 33.

Belebung der Bezirksfestlichkeiten. Gerade auch seine Eintheilung der Genossenschaften nach Decurien [10]) bezieht sich auf Handwerkerzünfte, bei denen sie eine alt hergebrachte war [11]).

Wenn nun auch die von Cicero dem Clodius bei seinem Gesetz untergeschobene Absicht offenbar übertrieben ist, so kann doch andererseits nicht verkannt werden, dass dieser sich dadurch die Möglichkeit verschaffte, stets Schaaren um sich zu haben, mit deren Hilfe er oft genug die Ruhe der Senatssitzungen und die Sicherheit seiner Feinde gefährden konnte [12]). Am schlimmsten zeigte sich dies bei dem Processe wegen Gewaltthat, in welchem Clodius gegen Milo im Februar 56 als Ankläger auftrat [13]). Der Senat musste sich aufraffen, er brauchte Clodius und seine Banden nicht mehr zu scheuen, da er sich bereits in Pompejus eine Stütze geschaffen hatte. Eine Anklage wegen verübter Gewalt konnte gegen Clodius nicht erhoben werden, denn abgesehen davon, dass auch Milo, des Pompejus und der conservativen Partei Freund und Anhänger, davon hätte betroffen werden müssen oder können, war die damalige Gesetzgebung über Gewaltthat noch nicht so weit gediehen, um die aus den Vereinen entstandenen Banden unter diesen strafrechtlichen Gesichtspunkt zu bringen [14]). Andererseits hatte aber die Erfahrung gezeigt, wie von der freien Bildung von Vereinen bis zur Gewaltthat und Aufruhr nur Ein Schritt war — eine Auffassung, die, wie gezeigt werden soll, auch der späteren Gesetzgebung vorschwebte [15]). Nachdem daher in der Sitzung vom 9. Februar 56 der Senat durch Beschluss die Vorgänge bei Gelegenheit des Milonischen Processes als gegen die Sicherheit des Staates gerichtet erklärt hatte, erging am 10ten desselben Monats von ihm das Gebot: „ut sodalitates decuriatique discederent, lexque de iis ferretur, ut qui non dis-

---

10) Siehe die Not. 4, 5, 6 cit. Stellen.

11) S. die Belege bei Mommsen, p. 57 Not. 8, und p. 58 Not. 10, und bei Drumann, II. S. 240 Not. 22.

12) Drumann, II. 324—333.

13) Das Nähere bei Drumann, II. 323.

14) Rein, S. 739.

15) L. 2. D. 47, 22.

cessissent, ea poena, quae est de vi tenerentur"[16]). Man hat viel über den Inhalt dieses Senatsbeschlusses, dessen blosse Kenntniss wir einem mehr einer Depesche ähnlichen. Brief des Cicero an seinen Bruder verdanken, gestritten. Die älteren Ansichten wegen der Zünfte und Bezirksvereine begegnen sich auch hier. In neuerer Zeit hat Mommsen demselben den Sinn untergelegt, dass dadurch die Verbindungen, welche sich behufs Hervorrufung von Neuerungen im Staate gebildet hatten, aufgelöst und mit harter Strafe bedroht werden sollten[17]); er hat aber nur nachgewiesen, dass das Senatusconsult vom Licinischen Gesetz des folgenden Jahres verschieden war, sonst aber den von ihm aufgestellten Satz nicht bewiesen. Zumpt ferner nimmt an, dass das Licinische Gesetz nur auf Grund jenes Beschlusses erlassen ist[18]). Mag auch richtig sein, was er gegen Mommsen wegen der zwischen beiden liegenden Zeit sagt, so ist doch vor allen Dingen die Strafe bei beiden eine abweichende, ohne vorläufig auf den verschiedenen Inhalt einzugehen[19]). Die Verbindung mit dem Clodischen Gesetz über Vereine und deren Gefährlichkeit zeigen uns die Senatsschlüsse vom 9. und 10. Februar. Während Cicero den Anlass des ersteren berichtet, hat er bei letzterem dies nicht nöthig, weil es eben derselbe ist, wie man überhaupt nicht annehmen kann, dass dieser Beschluss ohne äussere Ursache gefasst worden ist. Wie es scheint, giebt uns Cicero den Wortlaut zwar aus dem Gedächtniss, aber möglichst treu wieder, es liegt Nichts vor, anzunehmen, dass er noch mehrere Bestimmungen enthalten habe, wie ebenfalls Zumpt meint[20]). Es soll für die künftige Gesetzgebung nur der Fingerzeig, die Richtschnur angegeben werden, weswegen eine weitere Ausführung überflüssig war. Um aber zu einem richtigen Verständniss desselben zu gelangen, ist noch hervorzuheben, dass von demselben die sog. collegia, wie

---

16) Cic. ep. ad Qu. fr. II. 3.

17) a. a. O. p. 45.

18) II². Cap. 11. Vor ihm hatte schon dieselbe Ansicht Rein, a. a. O. p. 716, und Rinkes, disp. p. 140.

19) Darüber §. 8.

20) II². 385.

z. B. der Priester und Handwerker, nicht berührt werden, sondern nur im Allgemeinen die sodalitates und decuriati [21]). Unter den ersteren kann man noch nicht die Wahlclubbs des Licinischen Gesetzes verstehen, da der Begriff und die Strafbarkeit derselben erst durch dieses selbst festgestellt wurde: Es sind diese vielmehr alle Associationen, besonders der Vornehmen, die eben, weil sie zu allen Zwecken der Geselligkeit, sowie der Politik dienten [22]), zu leicht ausarten konnten. Die decuriati sind aber jene willkürlich von Clodius ins Leben gerufenen Verbindungen, die er zur Unterstützung seiner Pläne aus den untersten Schichten des Volkes und den Sklaven organisirt hatte, ohne dass sie einen bestimmten Lebenszweck verfolgten. So hatte man, um der Massregel die Gehässigkeit zu nehmen, Hoch und Niedrig gleich gestellt.

Durch diesen Senatsbeschluss war nicht bloss die Schärfe dem Clodischen Gesetze genommen, sondern dasselbe gänzlich aufgehoben, und nun der alte Zustand wie vor demselben wieder hergestellt. Freilich über das vom Senat in Aussicht genommene und verheissene allgemeine neue Vereinsgesetz herrscht in unseren Quellen Stillschweigen. Sei es, dass man aus der endlich einmal gegen das heillose Bandenleben an den Tag gelegten Energie des Senats schloss, dass derselbe Ernst machen könnte und sich schrecken liess, sei es, dass während der Bürgerkriege, da der Staat ausser Rand und Band gebracht war, man sich scheute, gegen die kleinen Diebe vorzugehen, während man den Grossen bereitwilligst eine Ehrenstelle nach der anderen decretirte — erst in der Epoche der Neubelebung des verrotteten Staatswesens durch die geniale Reformation von Julius Cäsar sollte das neue Gesetz erscheinen, wovon weiter unten die Rede sein wird [23]).

---

21) Dass man jeden politischen Verein ein Collegium genannt habe, hat Zumpt, II². 384. zwar behauptet, aber nicht bewiesen, was auch schwer geschehen dürfte.

22) Vgl. §. 6 Not. 4 u. 5.

23) §. 9.

§. 8.

Das Licinische Gesetz über die Wahlgenossenschaften[1]).

Auf dem Congress zu Lucca hatten sich die drei Machthaber der römischen Republik unter gegenseitiger Garantie der übernommenen Verbindlichkeiten dahin geeinigt, dass Cäsar seine Provinz weiter verwalten, Pompejus und Crassus dagegen für das Jahr 55 das Consulat erhalten sollten. Cäsars Forderung war anscheinend zu bescheiden, als dass ihre Bewilligung Schwierigkeiten begegnete, die Erlangung des Consulats für die beiden anderen Genossen war mit mehr Mühe verknüpft. Aber Cäsarische Soldaten, welche zu diesem Behufe nach Rom abcommandirt wurden[2]), zeigten, wie sie nicht weniger auf dem Wahlplatz, als auf dem Schlachtfelde zu siegen verstanden.

In diesem Consulat erging auf Vorschlag des zweiten Consuls das nach ihm benannte Gesetz, als dessen officieller Titel von dem Scholiasten des Cicero: lex Licinia de sodalitiis[3]) angegeben wird. Ausser abgerissenen und darum schwer verständlichen oder doch mindestens vieldeutigen Notizen über einzelne nach diesem Gesetz erhobene Anklagen sind wir wegen des Inhalts desselben als Hauptquelle auf die Rede angewiesen, welche Cicero für seinen Freund Plancius vor Gericht gehalten hat, der zum Aedil gewählt, von dem unterlegenen Mitbewerber Juventius Lateranensis ebenfalls danach angeklagt wurde. Aber leider bietet uns diese Rede keine grosse Ausbeute, von den 42 Capiteln derselben bilden die ersten 15 und die letzten 18 Nichts als ein oratorisches Rüstzeug, mit welchem Cicero sowohl von

---

1) Sigon., De jud. II. 30. Wunder, Prolegom. zu Cic., pro Plancio. Rein, a. a. O. S. 713 ff. Drumann, III. 279 ff. IV. 93. Mommsen, a. a. O. p. 43—73. Geib, Criminalprocess der Römer, S. 314. Zumpt, a. a. O. II². 367—404. Rinkes, Disputatio de crimine ambitus et de sodalitiis, Lugd. Batav. 1854.

2) Dio Cass. XXXIX. 31.

3) Schol. Bob. bei Orelli, p. 253, in Verbindung mit Cic pr. Planc. XV. 36. Zweifelhaft lässt den Urheber des Licinischen Gesetzes Schulz, Volksversammlungen der Römer, S. 168 Not. h.

dem Angeklagten als von sich selbst eine recht glänzende Charakteristik giebt, und dadurch, wenn auch nicht seinen damaligen Hörern, die schon daran gewöhnt sein mussten, doch wenigstens seinen jetzigen Lesern eine bedeutende Menge von Geduld und Langmuth zumuthet. Ja selbst in den 9 Capiteln ist die Widerlegung der Anklage auch nur in sehr allgemeinen Ausdrücken abgefasst, die rhetorische Seite tritt in den Vordergrund, von der juristischen wird wenig bemerkt. Bei diesem Zustande der Nachrichten war daher das Gesetz des Crassus stets ein beliebter Gegenstand der Untersuchung, welche eine lebhafte Polemik erzeugte.

Philologen wie Juristen hatten sich auf diesem Gebiete versucht; nach der glänzenden Untersuchung desjenigen, der als Philologe wie Jurist gleich ausgezeichnet ist, durfte man erwarten, dass bei der Ansicht von Theodor Mommsen es sich höchstens noch um Berichtigung von Nebenpunkten handeln würde, die Hauptsache konnte man als entschieden ansehen. Allein trotzdem ist gegen diese in neuester Zeit von Rinkes und von Zumpt ein entschiedener Widerspruch erhoben worden.

Mommsen nimmt an, dass das Verbrechen der Genossenschaften die schwerste Art der Wahlbestechung ist, deren sich allein die Bewerber schuldig machen konnten. Die Bestechung soll ausgegangen sein von der Genossenschaft ehrgeiziger Männer, die, da Jeder von ihnen in seiner eigenen Tribus grossen Einfluss hatte, sich zu dem Zweck verbanden, um die Tribus zu bestechen und sich gegenseitig die Vortheile der erkauften Stimmen zu gewähren[4]). Die Tribusgenossen, welche sich zu dem Verkauf ihrer Stimmen verstanden, meldeten sich bei dem von dem Bewerber Bezeichneten, wurden von ihm in Listen eingetragen und Behufs besserer Leitung in Zehntschaften unter einem Obmann vertheilt. Die Genossenschaften waren also Verbindung vornehmerer Leute, die sich gegenseitig die Stimmenden übermittelten, die Zehntschaften dagegen aus Letzteren selbst zusammengesetzt. Während nun Cicero die Eintheilung der

---

4) a. a. O. p. 55.

Tribusgenossen, der Scholiast die Vereinigung mit den Genossenschaften Behufs Bestechung der Tribulen als von dem Licinischen Gesetz bedroht angeben, vereinigt Mommsen diese beiden Berichte dahin, dass er als Thatbestand des Verbrechens die Eintheilung des Volkes durch die Genossenschaften angiebt[5]).

Rinkes[6]), der sich theilweise der Ansicht von Wunder in Bezug auf die Vorsteher der Zehntschaften, die er als sodales bezeichnet und auf die Herbeiführung der Stimmenmehrheit durch Gewalt anschliesst, theilweise dies mit Mommsen auch durch Geld geschehen lässt, ist selbst im Ganzen in seinen Ausführungen unklar und kann, da er selbst Neues nicht herbeigebracht hat, füglich nur hier erwähnt werden.

Anders Zumpt. Er bemüht sich zunächst die Ansicht, dass das Licinische Gesetz mit den Wahlumtrieben in Verbindung gebracht werden müsse, zu widerlegen, sodann seine eigene Meinung, dass dies ein allgemeines Vereinsgesetz gewesen sei, zu begründen. Beides ist eingehend zu prüfen.

Bei der Widerlegung der früheren Ansichten und besonders Mommsens knüpft er zunächst an die Stelle des Dio Cassius an[7]), wonach die Consuln von 55 den Ehrgeizigen mit schärferen Strafen gedroht hatten, als ob sie selbst geringere Sünder gewesen wären, weil sie sich ihr Amt nicht mit Geld, sondern mit Gewalt zu verschaffen gewusst. Zumpt meint, dass Dio zwar den Gegensatz zwischen dem eigenen Verfahren der Consuln und ihren Gesetzen andeute, aber während sich jene bei der Bewerbung militärischer Gewalt bedient hätten, sei bei den Genossenschaften zwar von einer solchen nicht, aber doch von Gewalt überhaupt die Rede. Dass ferner Dio die Wahlumtriebe mit dem Licinischen Gesetz in Verbindung bringe, zeige nur, dass es mit diesem in einem Zusammenhang stehen könne, aber nicht müsse. Deutet man auch, wie es wohl geschehen muss, da in dem genannten Jahr ein anderes Gesetz über die Wahlumtriebe nicht gegeben

---

5) p. 61.
6) a. a. O. p. 141—158 resp. 172.
7) XXXIX. 37.

wurde[8]), die Dionische Stelle auf das Licinische Gesetz, so wäre es doch vermessen, aus diesen wenigen Worten auf den ganzen Inhalt schliessen zu wollen. Aber das ist auffällig, dass Dio als Charakteristik die Bestechung und die Anwendung auf Wahlumtriebe angiebt. Aus der ersteren folgt, dass von Gewalt bei den Genossenschaften keine Rede war, die zweite giebt uns die Tendenz der Vorschrift an. Alles dies aber spricht gegen Zumpt für Mommsen. Dass ferner zwei Ciceronische Bemerkungen[9]) den Ehrgeiz mit den Genossenschaften in Verbindung bringen, soll ebenfalls nur für die Möglichkeit, aber nicht für die Nothwendigkeit des Zusammenhanges zeugen. So wird im Allgemeinen von Zumpt die Rede für Plancius bearbeitet und damit nur offenbart, wie leicht die stärksten Quellenbelege einer vorgefassten Meinung geopfert werden können. Die Nichtzusammengehörigkeit der Wahlen und der Genossenschaften soll ferner bewiesen werden: durch die oftmals erwähnte Trennung der Anklage wegen ambitus von der wegen Genossenschaften, durch die abgesonderten Gerichtshöfe, welche für beide Verbrechen bestanden, durch die Verschiedenheit in der Zusammensetzung der Geschworenen, in der Ernennung des Vorsitzenden, sowie endlich dadurch, dass Jemand zuerst in Betreff einer und derselben Bewerbung wegen ambitus, dann wegen Genossenschaften belangt wurde. Aber auch diese Gründe sind nicht stark genug. Das war eben die Eigenthümlichkeit des Römischen Strafrechts und -Verfahrens, dass mit dem neuen Gesetz, welches entweder eine Handlung zum ersten Male bedrohte oder nur eine Abart eines bereits bestehenden Verbrechens einführte, auch ein besonderer Gerichtshof, die Bestimmung über die Zusammensetzung der Geschworenen verbunden war. Es mag dabei nur an das Pompejische Gesetz über den Vatermord erinnert werden, welches doch nur eine Verschärfung des Cornelischen Mordgesetzes war und trotzdem einen neuen Gerichtshof mit den übrigen Anordnungen des Verfahrens für dieses Verbrechen begründete. Endlich lässt sich die

8) Der Einzige, der ohne Grund die Beziehung darauf läugnet, ist Rinkes, p. 143.

9) pr. Planc. XV. 37. pr. Cael. VIII. 16.

Erhebung der Anklage wegen Genossenschaften auf Grund einer Handlung, wegen welcher bereits der Thäter um Erschleichung des Amtes belangt war, auch für die gegnerische Ansicht wenden. Es lag ja in der Hand des Anklägers, wegen welchen Verbrechens er Anklage erheben wollte, und er konnte den ambitus wählen, wenn ihm diese Strafe für den Angeklagten schon genügte, selbst wenn dieser der Genossenschaften schuldig war. Die Verschärfung des Licinischen Gesetzes lag meines Erachtens ausser in der Zusammensetzung der Geschworenen[10]) noch darin, dass Jemand gleichsam wegen desselben ambitus zwei Mal belangt werden konnte und dass man auf diese Weise die sonst grundsätzlich niemals aufgegebene Unanfechtbarkeit des Geschworenenurtheils illusorisch machte.

Nach dieser negativen Beweisführung wendet sich Zumpt zu der positiven. Zunächst habe das Verbrechen der Genossenschaften eine enge Verwandtschaft mit dem der Gewaltthat. Er beruft sich dabei auf Paul. V. 30.[11]), worin der Rest des Licinischen Gesetzes, wie er sich unter den Kaisern erhalten habe, zu finden sei; denn weder das Gesetz des Kaisers Augustus über Amtserschleichung, noch das über öffentliche Gewaltthat enthalte eine derartige Bestimmung; mithin sei es das Licinische Gesetz, welches zu einer solchen in der Kaiserzeit zusammen schrumpfte. Diese Gründe — es liegt auf der Hand — beweisen noch nicht, dass wir es bei Paulus mit dem Ueberrest des Genossenschaftsgesetzes zu thun haben. Wäre dies der Fall, so würde uns diese Stelle nur wiederum zeigen, dass sodalitia und ambitus untrennbar waren und sogar noch in der Kaiserzeit als zusammen gehörig aufgefasst wurden. Allein es ist nicht nöthig, die lex Licinia so weit zu verfolgen. Die Bemerkung des Paulus zum

---

10) Die Strafe, namentlich ob sie eine Verschärfung gegenüber der lex Tullia enthielt, ist bestritten. Wunder, a. a. O. p. 80, nimmt das gleiche Strafmaass wie in diesem an. Mommsen, p. 70, lässt ausser der zehnjährigen Verbannung auch noch Geldstrafe eintreten, Zumpt ist ebenfalls für Verschärfung.

11) Ad legem Juliam ambitus. Petiturus magistratum vel provinciae sacerdotium si turbam suffragiorum causa conduxerit, servos advocaverit, aliamve quam multitudinem conduxerit, convictus ut vis publicae reus in insulam deportatur.

Julischen Amtserschleichungsgesetz will nur hervorheben, dass der Bewerber, welcher der Stimme halber eine Menge gemiethet, Sklaven herbeigerufen oder irgend eine andere Schaar gedungen hat, nicht der milden Bestimmung des Gesetzes über Amtserschleichung unterliege, sondern wegen öffentlicher Gewaltthat angeklagt und davon überführt auf eine Insel deportirt werden soll. Zumpt meint, dass hierin die Begriffsbestimmung und die Strafe der lex Licinia liege. Allein in der ersteren liegt eher ein Anschluss an die lex Julia de vi, welche denjenigen, qui homines commodaverit, locaverit, conduxerit als der Gewaltthat schuldig bedrohte [12]), und die letztere ist die allgemein für öffentliche Gewaltthat feststehende [13]). Die Analogie liegt also ganz wo anders als Zumpt glaubt. Der Amtsbewerber, der Schaaren zu seiner Unterstützung dingt, macht sich der Gewaltthat schuldig und wird demgemäss bestraft.

Als den Senatsbeschluss, auf Grund dessen das Licinische Gesetz erlassen wurde, bezeichnet Zumpt den vom 10. Februar 56 [14]). Eine Aehnlichkeit zwischen ihm, dem Licinischen Gesetz und der Stelle des Paulus zeige sich schon in der Strafe und in der Art, wie sie verhängt werde. Paulus wie der Senat sagen nicht, dass die Zuwiderhandelnden wegen Gewaltthat angeklagt, sondern dass sie wegen Gewaltthat bestraft werden sollen. Es ist bereits im vorigen Paragraphen gezeigt worden, wie der Senat zu diesem Beschluss und dieser Strafe veranlasst wurde; die Gewaltthätigkeiten der Clodianischen Schaaren nöthigten ihn zu deren Auflösung und legten die Strafandrohung nahe. Paulus dagegen giebt keine analoge Anwendung des Gesetzes wegen Gewaltthat, sondern, indem er allein auf das Miethen von Schaaren Gewicht legt, erklärt, dass der Bewerber, welcher dies thue, sich wirklich der öffentlichen Gewalt schuldig mache. Endlich aber fehlt bei diesem Vergleich die lex Licinia gänzlich. Es ist bereits bemerkt worden [15]), dass es nicht recht aus den Nachrichten ersichtlich

---

12) Paul. V. 26. 3.
13) Paul. V. 26. 1.
14) S. o. §. 8.
15) Not. 10.

und daher bestritten ist, welche Strafe sie verordnete, ob es sich um zeitige oder dauernde Verbannung handelte. Beide finden ihre Analogie auch in den Gesetzen über Amtserschleichung; jedenfalls ist von einer Strafe wie wegen Gewaltthat in dem Licinischen Gesetze nirgend die Rede, so dass also auch dieser Beweis von Zumpt in sich zusammenfällt. Er geht nunmehr zur Rede für Plancius über. Auf die von ihm berührten einzelnen Punkte einzugehen wäre überflüssig und würde zu weit führen, weil auch Zumpt eingesteht, dass nach dieser Rede als Mittel zur Bildung von Genossenschaften Bestechung und als ihr Zweck Einwirkung auf die Wahlen erscheint[16]). Wenn er weiter behauptet, dass dies nicht der einzige Zweck gewesen sei, dass solche Genossenschaften von gleich mächtigem Einfluss bei dem Durchbringen von Gesetzen und anderen politischen Verhandlungen waren, so fehlt dafür jeder Beweis.

Auch der Scholiast Cicero's wird von Zumpt in allen Punkten angegriffen. Falsch sei seine Ansicht, dass nur die Bewerber durch das Licinische Gesetz bedroht wurden, da ja schon das Tullische die Theilnehmer für gleich strafbar erklärte. Allein dies ist kein Grund, weil nach Römischem Recht die Theilnehmer in jedem Gesetz erst besonders bedroht werden mussten[17]); im Licinischen aber werden sie, soweit wir uns auf die Berichte stützen, nicht erwähnt. Die Bestechung soll nach dem Scholiasten durch die Genossenschaften geschehen sein, damit wäre keine Abweichung von dem ambitus, bei welchem die Bestechung ebenfalls nicht durch die Candidaten, sondern durch Mittelspersonen und besondere Vertheiler Statt gefunden habe. Allein die Gefährlichkeit lag hier gerade darin, dass es organisirte Gesellschaften waren, die nicht bloss für den einen Fall, sondern auch für die Zukunft diese Bestechung ins Werk setzten, so dass also ein Unterschied von dem gewöhnlichen ambitus wohl vorhanden war. Der dritte von Scholiasten vorgebrachte Punkt wegen der gegenseitigen Unterstützung der Candidaten, ist freilich ein Irrthum.

---

[16]) S. 379.

[17]) Mommsen, p. 43. Heffter, Criminalrecht §. 84. No. 2.

Zumpt giebt hierauf eine kurze Erörterung des Vereinslebens in Rom, auf welche bereits im Laufe der Darstellung zurückgekommen ist. Den Höhepunkt habe dasselbe unter Clodius erreicht, wogegen der Senat im Jahre 56 eingeschritten sei. Aus diesem Senatsschluss habe sich die lex Licinia entwickelt, wie schon die in beiden gebrauchten Ausdrücke sodales und decurati beweisen. Allein schon vor dem Senatsschluss hatte es sodalitates gegeben, und schon Clodius hat eine Eintheilung des Volkes in Zehntschaften (decuriatio) vorgenommen. Richtig ist zwar, dass schon das SC. von 56 dies Clodische Gesetz aufgehoben hat, aber das Licinische Gesetz ging aus ihm nicht hervor; dort ist im Allgemeinen von decuriati die Rede, hier dagegen von einer decuriatio tribulium, von einer res tribuaria [18]); so dass also die Ausdrücke ebenfalls ganz verschieden sind. Zumpt jedoch, der von der Identität des Senatsschlusses und des Licinischen Gesetzes ausgeht, sucht den Inhalt des ersteren aus dem letzteren zu ergänzen, wozu freilich dieser nicht die geringste Veranlassug giebt.

Das letzte Rüstzeug für die Verschiedenheit des Verbrechens der Genossenschaften von dem der Amtserschleichung nimmt Zumpt aus den geringen Notizen, die wir von den nach dem Licinischen Gesetz angestellten Processen haben.

In einem Briefe des Cicero an Atticus vom Sommer 54 v. Chr. erwähnt Ersterer einer Vertheidigung, die er für Messius geführt habe. Dem scharfen Auge Mommsens [19]) ist es nicht entgangen, dass die Anklage sich auf die lex Licinia gründete [20]). Daraus, dass Messius Legat Cäsars war, schliesst Zumpt, dass er nicht Beamter und also bei den im Jahre 55 gehaltenen Wahlen gar nicht betheiligt sein konnte. Auf frühere Wahlen kann man die Anklage nicht beziehen, da das Licinische Gesetz rückwirkende Kraft nicht hatte, die Wahlen für das Jahr 53 hatten noch nicht

18) Cic. pr. Pl. XVIII. 45. XV. 36. XIX. 47.

19) a. a. O. p. 61.

20) Ad Attic. IV. 15, 9.: „Messius defendebatur a nobis, e legatione revocatus, nam eum Caesari legarat Appius. Servilius edixit ut adesset. Tribus habet Pomptinam, Velinam, Maeciam."

Statt gefunden, die Anklage wegen etwaiger Theilnahme bei früheren Wahlumtrieben[21]) würde man nicht so lange hinausgeschoben haben — also wurde Messius vor Gericht gezogen, weil er einen nach dem Licinischen Gesetz verbotenen Verein gestiftet hatte.

Diese Folgerung ist nicht nothwendig, auch ein anderer Schluss ist möglich. Sowie die Klage wegen Amtserschleichung nicht bloss gegen den siegreichen, sondern auch gegen den unterlegenen Bewerber gerichtet werden konnte[22]), so war dies sicherlich auch nach dem Licinischen Gesetz möglich. Messius kann sich nun bei den Wahlen vom Jahre 55 sehr stark compromittirt haben; weil er unterlegen war und auch vielleicht einer Anklage entgehen wollte, liess er sich dem Stab von Cäsar attachiren, was ihm freilich Nichts nutzte. Wir wissen jedoch kaum mehr von Messius, als dass er Cäsarianer war[23]), — hier sollte nur gezeigt werden, dass Zumpts Folgerung nicht unumstösslich ist.

In demselben Jahre, und zwar im Monat August, wurde P. Vetinius von C. Licinius Calvus aus dem Licinischen Gesetz vor Gericht gefordert und von Cicero vertheidigt[24]).

Dieser war im Jahre 55 Prätor, und in demselben Jahre gewählt, hatte er sein Amt sofort angetreten, ohne die gesetzmässige Zeit zur Anklage abzuwarten, wie dies auf Antrag der Consuln durch einen Senatsbeschluss festgesetzt war. Auch hierüber sind die Berichte kärglich und wie Mommsen nachgewiesen hat[25]), verwirrend. Zumpt folgert aber, dass, da Vetinius erst im Jahre 54 belangt wurde und in Folge des Senatsbeschlusses eine Anklage wegen Wahlumtriebe nicht möglich war, die Genossenschaften, welche ihm vorgeworfen, sich nicht auf die Wahl bezogen hätten. Allein auch hier geht er zu weit. Der Senat hat durch seinen Beschluss die Bewerber nicht überhaupt für

---

[21]) Zumpt nimmt, wie bemerkt, gegen Mommsen an, dass sich das Licinische Gesetz auch auf die Theilnahme erstreckt habe.

[22]) Cic. Brut. XXX. 113. Mommsen, a. a. O. p. 45 Not. 17.

[23]) Bell. Afric. C. 33.

[24]) Schol. Bob. bei Orelli p. 262.

[25]) p. 70, bes. Not. 33.

straffrei erklärt, sondern wollte nur, da die Wahlen im vergangenen Jahre nicht zu Stande gekommen waren und der Staat ohne Beamten war, dass diese sofort ihr Amt anträten.

Was war natürlicher, als dass diese nach Ablauf desselben zur Rechenschaft gezogen wurden? So geschah es auch mit Vetinius. Die Ueberreste der gegen ihn gehaltenen Rede zeigen auf das Deutlichste, wie eng auch in diesem Falle die Genossenschaften und die Wahlumtriebe zusammen gehörten[26]).

Eine gleiche Bewandtniss hat es mit der Anklage gegen M. Valerius Messalla, der erst zwei Jahre nach seinem Amt wegen Genossenschaften angeklagt wurde.

Das Ergebniss der Zumptschen Untersuchung, dass das Licinische Gesetz ein Vereinsgesetz und zwar das einzige, welches die Römische Geschichte kenne[27]), gewesen sei, lässt sich nicht aufrecht erhalten. Abgesehen davon, dass die bisherige Darstellung gezeigt hat, wie schon seit den ältesten Zeiten die Römer auf dem Gebiete der strafrechtlichen Vereinsgesetzgebung thätig gewesen sind, ist es Zumpt nicht gelungen, dem Licinischen Gesetz einen allgemeinen Charakter zu vindiciren. Die Gründe, welche er für die Trennung der Genossenschaften von den Wahlumtrieben vorgebracht hat, sind widerlegt; sie sind gegen alle Ueberlieferung, welche stets den Zusammenhang beider Verbrechen hervorhebt und berichtet.

Mit dieser Widerlegung ist der Zweck der gegenwärtigen Abhandlung erreicht. Ohne die Zumptschen Ausführungen würde dieselbe das Licinische Gesetz, da es sich auf ein ganz anderes Gebiet bezieht, gar nicht ihrer Betrachtung unterworfen haben. Es konnte sich hier nur darum handeln, nachzuweisen, dass die ältere Ansicht, die sich nicht durch den Namen des Gesetzes verleiten liess, in ihm etwas Anderes als eine neue Verordnung über Amtserschleichung zu sehen, auch jetzt noch als die richtige anerkannt werden muss; es durfte daher von der detaillirten Erörterung des Inhalts und der einzelnen Fragen Abstand genommen werden.

---

26) Mommsen, p. 70 Not. 33.
27) S. 390.

§. 9.

Die Gesetze unter Cäsar und August[1]).

Unter den vielen Julischen Gesetzen, über deren Inhalt wir mehr oder minder genaue Kenntniss haben, giebt es selten eine, wegen deren Einführung nicht die Meinungen zwischen Cäsar und August schwanken. Ueber die Gesetzgebungen des Ersteren sind wir spärlicher unterrichtet, weil gegenüber der von ihm eingeführten Alleinherrschaft die Schriftsteller, die meistens zur Gegenpartei gehörten, wenig Sinn für dessen Reformpläne hatten. Bei Augustus dagegen tritt das Friedenswerk, die Befestigung der neuen Staatsverfassung, mehr in den Vordergrund; er fand aber die Bahnen bereits von seinem grossen Vorfahr vorgezeichnet und durfte nur diese Wege einschlagen, um zu dem richtigen Ziele zu gelangen.

Auch auf unserem Gebiete begegnen wir bloss den Spuren von Cäsar, indem wir die geringe Nachricht den Worten Suetons[2]) entlehnen: „Cuncta collegia praeter antiquitus constituta distraxit.“ Es scheint dies nicht bloss eine vorübergehende Massregel gewesen zu sein, mit der blossen Auflösung war es nicht abgemacht, weil sich immer wieder neue Verbindungen bilden konnten. Auch die von Alters her begründeten Vereine bedurften einer genaueren Bezeichnung, und dass dies geschehen, deutet ihre Hervorhebung an. Ausser diesen Verbindungen scheint Cäsar durch sein Gesetz alle übrigen für die Zukunft untersagt zu haben, indem er sowohl die Sammlung von Beiträgen, als auch die Begehung gemeinsamer Mahlzeiten und Feste unter-

---

1) Brisson, a. a. O. p. 33. Sigon., De ant. jur. II. 217. Heineccius, Syll. exc. IX. C. 1. §. XVI. Rein, a. a. O. S. 825. Dirksen, Abhandl. S. 41 f. Mommsen, De coll. p. 78 sqq. Zumpt, a. a. O. II². 386. Becker-Marquardt, Handbuch der Röm. Alterth. IV. 153. Pauly, Realencycl. II. 497 ff. VI. 1261. Huschke, Zeitschr. für gesch. R. W. XII. 173—219. Mommsen, in derselben Zeitschr. XV. 353 ff. Rudorff, R. R. G. II. 403 f. Brinz, Lehrbuch der Pandecten, S. 1064 ff.

2) Caes. C. 42.

sagte. Von den Vereinen aus neuerer Zeit werden nur ausdrücklich die Juden von dem Verbot ausgenommen[3]).

Die Begründung und Organisation neuer Vereine sollte schon nach dem Julischen Gesetz des Cäsar von einem durch den Senat zu ertheilenden Privilegium abhängig gemacht werden. In Betreff der Juden wenigstens wird berichtet, dass Cäsar kurz vor seinem Tode einen Senatsbeschluss ergehen liess, der jedoch in Folge seiner Ermordung nicht in der gesetzlichen Weise publicirt wurde. Dies wurde jedoch später unter dem Consulat des Calpurnius und Dolabella nachgeholt[4]). Es ist kein Grund anzunehmen, dass diese Begünstigung allein den Juden zu Theil wurde, vielmehr liegt mit Rücksicht auf das Augusteische Vereinsgesetz die Vermuthung nahe, dass schon Cäsar im Allgemeinen dem Senat die Untersagung, Genehmigung und Aufsicht über die Vereine gesetzlich übertrug, die er schon thatsächlich in den letzten Zeiten der Republik ausgeübt hatte.

Die allgemeine Verwilderung, welche mit den Bürgerkriegen nach Cäsars Ermordung in das gesellschaftliche Leben eingedrungen war, hatte auch Ausschreitungen in dem Vereinsleben erzeugt, die um so gefährlicher waren, als sie mittelbar auch gegen die Alleinherrschaft gerichtet sein konnten. Factiösen Verbindungen, die vor keiner Gewaltthat zurückschreckten, war es gelungen, unter dem Schein und Titel eines Vereines zusammenzutreten, indem entweder das Cäsarische Gesetz ausser Anwendung gekommen war oder der Senat nicht scharf genug sein Aufsichtsrecht ausgeübt hatte. Augustus sah sich daher genöthigt, die Massregel Cäsars wieder aufzufrischen, indem er nicht nur die neuen ungesetzlichen Vereine auflöste und nur die althergebrachten und den Anforderungen des Cäsarischen Gesetzes entsprechenden bestehen liess, sondern auch unter eigenem

[3]) Joseph, Antiquitt. Ind. XIV. 17.: *„Γάϊος Καῖσαρ ὁ ἡμέτερος στρατηγὸς καὶ ὕπατος ἐν τῷ διατάγματι κωλύων θιάσους συνάγεσθαι κατὰ πόλιν μόνους τούτους (τοὺς) Ἰουδαίους οὐκ ἐκώλυσεν οὔτε χρήματα συνεισφέρειν οὔτε συνδεῖπνα ποτεῖν.“* Dass wir hierin eine Mittheilung über die Dictatur Cäsars zu erfahren haben, bewies Heineccius, a. a. O. §. XVII.

[4]) Heineccius, §. XVII.

Namen das alte Gesetz erneuerte[5]). Der Inhalt dieser lex de collegiis ist erst durch eine im Jahre 1847 entdeckte Inschrift klar geworden. Dieselbe, von Mommsen edirt[6]), lautet: „Dis Manibus collegio symphoniacorum qui sacris publicis praestu sunt, quibus Senatus c(oire) c(onvocari) c(ogi) permisit e lege Julia ex auctoritate Aug ludorum causa." Augustus ordnete also das Vereinswesen in der Weise, dass in Italien der Senat, in den Provinzen die Statthalter[7]) einem jeden Verein zu seiner Bildung die Genehmigung ertheilen musste, die aber vor eingeholtem kaiserlichen Beschluss nicht erfolgen durfte. Der Verein hatte bei seinem Antrag auf Genehmigung den von ihm zu verfolgenden Zweck anzugeben, der in der Bestätigungs-Urkunde ausdrücklich erwähnt wurde. Es vertrat diese Angabe gleichsam die in moderner Zeit übliche Prüfung der Statuten durch den Staat. In dem Gesetze war offenbar auch die Strafe gegen die Uebertreter enthalten, von welcher wir jedoch unmittelbar nicht unterrichtet sind[8]). Aus diesem Gesetze erklären sich die in zahlreichen Inschriften erwähnten, für die einzelnen Vereine ergangenen Senatsbeschlüsse, wodurch diese die Erlaubniss zur Bildung erhielten[9]). Es erklärt sich aber auch daraus die in der Königsberger Handschrift enthaltene von der Florentinischen abweichende Inscription der L. 4. D. 47. 22.[10]), welche aus Gaius Libr. III. ad legem Juliam angeführt wird. Sie entbehrt jetzt nach dem Auffinden des Julischen Gesetzes nicht mehr der Begründung, sondern erhält aus demselben ihre Erklärung; denn

---

5) Suet. Oct. C. 32.: — „et plurimae factiones titulo collegii novi ad nullius non facinoris societatem coibant. — collegia praeter antiqua et legitima, dissolvit." Während Sueton durch Cäsar nur die althergebrachten Vereine bestehen liess, werden von Augustus ausser diesen auch noch die gesetzlichen von der Auflösung ausgenommen — ein Beweis, dass bereits auf Grund des Cäsarischen Gesetzes sich neue Vereine, wie z. B. die der Juden, gebildet hatten.

6) Zeitschr. f. gesch. R. W. XV. S. 354.

7) Wir sehen dies aus den später zu erwähnenden Briefen des Plinius.

8) Wahrscheinlich ist sie enthalten in L. 2. D. 47, 22., worüber das Nähere unten.

9) Mommsen, De coll. p. 80.

10) Siehe oben §. 3. Not. 7.

das Gesetz war wichtig genug, um einen Juristen wie Gajus zur Abfassung eines Commentars zu demselben zu veranlassen, dessen Verlust wir nur beklagen können.

Wir sehen also, dass dies Julische Gesetz des Augustus sich in allen Punkten an das Cäsarische anschloss, der einzige Unterschied von diesem mag vielleicht darin bestanden haben, dass Augustus dem Senat keine völlige Selbstständigkeit in der Bestätigung der neuen Vereine überliess, sondern dieselbe erst von vorheriger Genehmigung des Fürsten abhängig machte. Für die bereits bestehenden Vereine blieb auch nach dem Gesetz des Augustus das Aufsichtsrecht des Senats und die damit verbundene Befugniss zur Auflösung bestehen. Wir ersehen dies aus einem Vorgang unter Nero's Regierung. Bei Gelegenheit eines Gladiatoren-Schauspiels war es zu Streitigkeiten zwischen den Bewohnern von Nuceria und Pompeji gekommen, die mit Blutvergiessen endeten. Sie waren hauptsächlich wohl von den Spielvereinen ausgegangen, welche sich schon frühzeitig in der Kaiserzeit gebildet hatten.

Die Angelegenheit wurde dem Senat, als zu dessen Ressort gehörig, überwiesen. Es war das Julische Gesetz, welches er anwandte, indem er dergleichen Spielversammlungen in Pompeji auf 10 Jahre untersagte, die Spielclubbs, die sich aus thatsächlichen Verhältnissen ohne gesetzliche Erlaubniss gebildet hatten, auflöste, die Rädelsführer aber mit der Verbannung bestrafte, wie es wahrscheinlich schon Augustus in seinem Gesetz verordnet hatte [11]).

Dieser Vorgang bestätigt aber, was bereits früher bemerkt worden ist, dass auch in dem Gesetz des Augustus ein Unterschied zwischen Versammlungen und Vereinen in strafrechtlicher Hinsicht nicht gemacht wurde. Beide unterliegen demselben Verbot, doch waren die letzteren wegen des innigeren Zusammenwirkens und gemeinsamen Zweckes der Mitglieder gefährlicher. Politische offene Versammlungen waren auch in der Kaiserzeit

---

11) Tac. Ann. XIV. 17.: — „prohibiti publice in decem annos eiusmodi coetu Pompejani, collegiaque, quae contra leges instituerant dissoluta, Livineius et qui alii seditionem concitaverunt exsilis multati sunt."

nicht mehr zu fürchten; denn da der Einfluss und die Mitwirkung des Volkes bei Wahlen und Gesetzgebung immer geringer wurden, bis sie zuletzt gänzlich verschwanden, so war gar keine Gelegenheit vorhanden, welche eine Volksversammlung veranlassen konnte.

Hier war also der politische Gesichtspunkt schon der Oeffentlichkeit wegen zurückgetreten, und so kam es, dass man sonstige öffentliche Versammlungen, wie sie schon das gesellige Leben der südlichen Völker mit sich führte, völlig frei gestattete und trotz der gesetzlich erlaubten strengen Aufsicht nur dann einschritt, falls, wie bei dem Pompejisch-Nucerischen Tumulte, die Sicherheit und Ruhe gefährdet wurde. Denn abgesehen von den theatralischen Schaustellungen, den Wettkämpfen und Spielen, die unbeanstandet das Volk nach Einem Orte zusammenriefen und in keiner Weise beschränkt wurden, wiewohl es auch hier an Anspielungen auf Fürst und Hof nicht fehlte[12]), gab der grosse Aufschwung des literarischen Verkehrs zu neuen Zusammenkünften Anlass.

Der kleine Kreis sachverständiger Freunde, welchem die Schriftsteller ihre Werke vor der Herausgabe vorlasen, um auf Grund des kundigen Urtheils Veränderungen vorzunehmen[13]), erweiterte sich durch das Streben der Autoren nach Ruhm und Beifall[14]) zu zahlreichen Versammlungen von Zuhörern. Sie fanden nicht bloss im Hause des Verfassers oder eines Gönners, sondern auch in geliehenen oder gemietheten Localen, endlich im Theater, in den Tempeln, Bädern, auf offenem Markte Statt[15]). Die Oeffentlichkeit dieser Versammlungen tritt um so stärker hervor, als sie vorher bekannt gemacht wurden, und zwar nicht

---

12) Sueton, Nero C. 39. Tacit. Hist. I. 20.

13) Horat., Ep. II. 3, 387 f. 488 ff. Tac. Dial. C. 2. 3. Plin. Ep. V. 3. VII. 17.

14) Hor. Sat. I. 4. 73 ff. Ep. I. 19, 39. Ovid ex Pont. IV. 2. 34. Trist. III. 14, 39. IV. 2, 89. Pers. Sat. I. 48 f.

15) Juven. Sat. VII. 40. Tac. Dial. C. 9. Hor. Ep. II. 2, 91—101. Pers. Sat. I. 15 ff. Vgl. Schmidt, Gesch. der Denk- und Glaubensfreiheit, S. 112 ff.

16) Schmidt, a. a. O. S. 114 Not. 1.

bloss durch Einladungsschreiben, sondern auch durch Maueranschläge[16]). Die Vorlesungen selbst beschränkten sich nicht bloss auf Gedichte und andere Erzeugnisse der schönen Wissenschaften, sondern erhielten auch einen nicht zu unterschätzenden politischen Charakter, indem selbst Geschichtsschreiber und sogar solche, die, wie Labienus, offen der Opposition sich anschlossen[17]), dem zahlreich herbeigeströmten Auditorium ihre Werke erschlossen. Solcherlei Versammlungen, zu denen heut eine polizeiliche Erlaubniss eingeholt werden müsste, und mit denen eine polizeiliche Ueberwachung verknüpft wäre, fanden in Rom kein Hinderniss, indem sich dabei nicht nur die höchsten Gesellschaftskreise, sondern sogar die Kaiser selbst als Zuhörer wie als Vorleser betheiligten[18]). Wir finden kein Beispiel, dass eine derartige Versammlung auch nur ein einziges Mal untersagt oder aufgelöst worden wäre, wenn auch mitunter der Hof die tendenziösen Bemerkungen übel aufnahm[19]).

§. 10.

Der weitere Verlauf in der Kaiserzeit[1]).

Das Julische Gesetz des August über die Vereine zeigte sich auch unter seinen Nachfolgern als vollständig ausreichend, so dass die allgemeine Gesetzgebung auf diesem Gebiet ruhen konnte[2]), während Specialrescripte von den Kaisern zahlreich und mannichfaltig erlassen wurden, die jedoch meistens die privatrechtliche Stellung der Vereine und ihrer Mitglieder ins

---

[17]) Schmidt, a. a. O. S. 103, 116. Dasselbe war der Fall mit der Geschichte des Bürgerkrieges von M. Annäus Lucanus und anderen Geschichtswerken. Suet. Lucan. vita: Dein civile bellum, quod cum Pompejo et Caesare gestum est, recitavit. Plin. Ep. IX. 27.

[18]) Suet. Aug. LXXXIX. Claud. XLI.

[19]) Tac. Dial. 3. Schmidt, a. a. O. S. 115.

[1]) S. die zu §. 9. genannten Schriftsteller.

[2]) Mommsen, De coll. p. 79 gegen, Heinecc., a. a. O. C. 1. §. XVII., und Dirksen, a. a. O. S. 42. Vgl. Rein, a. a. O. S. 825 Anm.

Auge fassten und auch in der Ertheilung von Privilegien bestanden[3]).

Zahlreiche Inschriften aus der nachaugusteischen Epoche enthalten stets die Erwähnung des Senatsbeschlusses, auf Grund dessen dem Verein der Zusammentritt gestattet wurde[4]). Dieselben rühren aus Italien her, wo, wie bereits hervorgehoben wurde, der Senat die competente Bestätigungs- und Aufsichtsbehörde über Vereine war. Die directe Bestätigung durch den Kaiser ohne Mitwirkung des Senats wird dagegen seltener erwähnt[5]). Der Grund dieser Seltenheit liegt offenbar darin, weil die Kaiser nur in den Provinzen durch Vermittelung der Statthalter das Vereinsleben ihrer ausschliesslichen Ueberwachung vorbehielten. Dies bezeugt eine in Spanien aufgefundene Inschrift, worin dem Corpus centonariorum das Privilegium des Zusammentritts durch Hadrian ertheilt wurde[6]). Dasselbe beweist aber auch die zwischen dem Kaiser Trajan und Plinius, während dieser Statthalter von Bithynien war, geführte Correspondenz. Der Kaiser hatte wahrscheinlich in der an den Gouverneur ertheilten Instruction ausdrücklich befohlen, keine Art von Vereinen entstehen zu lassen[7]). So oft es sich also um Begründung von Vereinen handelte, musste

---

3) Es werden erwähnt Rescripte von Antoninus Pius (L. 5. §§. 1. 11. 12. D 50, 6. L. 17. §. 1. D. 27, 1. L. 46. D. eod. L. 3. §. 1. D. 50, 5.) von Hadrian (L. 2. D. 1, 12. L. 5. §. 5. D. 50, 6. Ulp. frgm. XXIV. 28., vgl. Gai. II. 284.) der Divi fratres (L. 1. §. 2. D. 47, 22. L. 5. §. 6. D. 50, 6. L. 3. §. 2. D. 50, 5.) von Marc Aurel (L. 73. §. 1. D. de leg. I. L. 21. D. 34, 5.) von Severus (L. 8. pr. C. 3. §. 2. D. 50, 5. L. 1. pr. D. 47, 22. L. 1. §. 14. D. 1, 12.) u. a. m.

4) Mommsen, p. 80.

5) Orelli, 3913; Antoninus Pius gestattet den VI viri Augustales, eine gemeinsame Kasse zu haben. Vgl. Dirksen, a. a. O. S. 110. Brinz, S. 1065.

6) Inscriptiones Hispanae latinae. Consilio et auctoritate Academiae litterarum Regiae Borussicae edd. Aemilius Hübner. No. 1167. Dieselbe ist von Mommsen mit Rücksicht auf den Pliniusbrief X, 35. folgendermassen restituirt: „(i)MP. CAES. AEL(io) HADR. ANTONINO. AUG. PIO. P. P. (c) ORPUS. CENTONAR(iorum) INDUL(Gentia eius c)OLLEGIO. HOMINUM (centum dumtax) AT (constituto).“ Die Zahl ist willkürlich gewählt.

7) Plin. X. 96: „post edictum meum, quo secundum mandata tua hetaerias esse vetueram.“ Vgl. X. 36. Falsch ist es, an ein allgemeines von Trojan erlassenes Vereinsgesetz zu denken, wie dies Neander annimmt, Allg. Gesch. der christl. Rel. I[1]. 140.

erst der Kaiser seine besondere Erlaubniss ertheilen. Bei Gelegenheit von Feuersbrünsten in Nicomdien hatte sich ein gänzlicher Mangel an geeigneten Löschmannschaften herausgestellt, Plinius befürwortet daher bei Trajan die Gründung eines Vereins von Zimmerleuten, der nur 150 Mitglieder aufnehmen und allein zu dem erwähnten Zwecke dienen sollte; er macht den Fürsten aufmerksam, dass die Ueberwachung eines so wenig zahlreichen Vereines mit gar keinen Schwierigkeiten verknüpft sein würde. Trotz dieser Gründe wurde mit Rücksicht auf das frühere in der Provinz von den Vereinen getriebene Unwesen der Vorschlag des Statthalters von dem Kaiser zurückgewiesen[8]. Die Freistadt Amisum im Pontus überreichte dem Statthalter eine Bittschrift zur Weiterbeförderung an den Regenten, worin sie mit Rücksicht auf die ihr bewilligte Autonomie um Bestätigung ihrer Vereine petitionirte, die von Plinius als „erana“ bezeichnet werden. Dieses Gesuch wurde nicht bloss aus den von den Antragstellern angeführten Gründen, sondern auch besonders deswegen bewilligt, weil die von den Mitgliedern entrichteten Beiträge zur Armen-Unterstützung verwandt wurden und daher die Besorgniss, durch diese Bewilligung unerlaubten Zwecken und Verbindungen Vortheil zu leisten, fern lag[9].

Aehnlich wird von anderen Präsidenten in den Provinzen verfahren[10].

Unter den Nachfolgern Trajans hat Alexander Severus ein weitergreifendes Gesetz erlassen, über dessen Inhalt und Umfang wir einigermassen unterrichtet sind. Bei Gelegenheit der polizeilichen Verordnungen, die er für die Stadt Rom erliess, erfuhr auch das Vereinsleben daselbst eine Berücksichtigung und Neu-

---

8) Plin. Ep. X. 35. 36.

9) Plin. Ep. X. 92. 93. Der Kaiser rescribirt: — „si tali collatione non ad turbas et illicitos coetus sed ad sustinendam tenuiorum inopiam utuntur.“ Ueber die genannten griechischen Vereine vgl. Casaubonus zu Theophr. char. p. 283. Böhmer, Dissert. jur. eccles. II. §. 33. Mommsen, De coll. p. 115 f.

10) Philo in Flaccum p. 965 ed. 1691: „*τάς τε ἑταιρείας καὶ συνόδους, αἳ ἀεὶ ἐπὶ προφάσει θυσιῶν εἱστιῶντο τοῖς πράγμασιν ἐμπαροινοῦσας, διέλυε.*“ Vgl. Becker-Marquardt, a. a. O. S. 153 Anm. 903.

gestaltung. Sein Geschichtsschreiber Aelius Lampridius berichtet darüber Folgendes[11]: „Corpora omnium constituit uinariorum, lupinariorum caligariorum et omnino omnium artium, iisque ex sese defensores dedit et jussit, qui ad quos judices pertinerent.“ Man sieht hieraus, dass die Verordnung hauptsächlich die innere Organisation zum Gegenstand hatte, und dabei auch die polizeiliche Aufsichtsseite reformirt wurde; denn die letzten Worte des Lampridius: „qui ad quos judices pertinerent“, finden ihre Erläuterung in L. 1. §. 14. D. 1, 12., wonach die unerlaubten Vereine der Competenz des Stadtpräfecten untergeordnet wurden. Ausserdem scheint Alexander die besonderen Rescripte, welche über das Vereinswesen in Italien und den Provinzen ergangen waren, in ein allgemeines Gesetz umgewandelt zu haben[12], so dass also unter ihm eine Regelung des Vereinswesens im ganzen Reich Statt fand.

Auf diesen Grundlagen ruht auch die Justinianeische Gesetzgebung, wie sie in den Digesten das frühere Recht in sich aufgenommen hatte. Als unumstösslicher Grundsatz wird aufgestellt, dass kein Verein ohne obrigkeitliche Erlaubniss entstehen darf, und wiederholt auf die darüber ergangenen Gesetze, Senatsschlüsse und kaiserlichen Erlasse hingewiesen[13]. Jeder Verein, welcher ohne staatliche Genehmigung sich bildet, wird für unerlaubt erklärt. L. 3. §. 1. D. 47, 22.: „In summa autem, nisi ex senatus consulti auctoritate vel Caesaris collegium vel quodcunque tali corpus coierit, contra senatus consultum et mandata et constitutiones collegium celebratur.“ So würde Marcian, der Lehrer Marc Aurels, nicht geschrieben haben, wenn es von dieser Rechtsregel eine Ausnahme gab, noch dazu, wenn sie so generell sein sollte, wie sie von Mommsen behauptet wird[14]. Auf Grund einer vom Jahre 133 herrührenden in Lavinium entdeckten Inschrift, welche die Verfassung des collegium salutare cultorum

---

11) C. 33. Ausgabe von Jordan und Eyssenhardt; script. Histor. Aug.

12) L. 1. pr. D. 47, 22.

13) L. 1. pr. §. 1. D. 3, 4. L. 3. D. 47, 22.

14) Zeitschr. f. gesch. R. W. XV. 357; ihm schliessen sich an Huschke und Rudorff, Becker-Marquardt.

Dianae et Antinoi enthält und zugleich das Capitel eines Senatsbeschlusses überliefert, wird in neuerer Zeit nach Vorgang Mommsens angenommen, dass zwischen der Regierung von August und Hadrian ein Senatsbeschluss erging, welcher die Sterbecassen-Vereine von dem Verbot des Julischen Gesetzes ausschloss und allgemein gestattete. Von diesem Senatusconsult soll auch Marcian in der oben citirten Stelle sprechen und auf dieses seine Aeusserung in L. 1. D. 47, 22. sich beziehen, da dergleichen Sterbecassen-Vereine als collegia tenuiorum bezeichnet wurden.

Ueber die collegia tenuiorum sind die verschiedensten Ansichten geäussert worden. Zur Zeit der Republik bezeichnete man mit dem Ausdrucke „tenuiores" die ärmeren Bürger im Allgemeinen; sie wurden von der Gesetzgebung berücksichtigt, als sich die Wahlcandidaten ihrer zur Begleitung bedienten; die Gesetzgebung war jedoch nicht im Stande, diese Gefolgschaften gänzlich zu untersagen, weil dadurch die Armen einen leichten Erwerbszweig verloren [15]). Es ist kein Anhalt dafür vorhanden, dass die Bedeutung des Wortes sich in der späteren Zeit, unter den Kaisern, geändert habe. Die Ansicht von Heineccius [16]), dass collegia tenuiorum solche Innungen gewesen sind, welche nur wenige Mitglieder aufnehmen durften, wird ebenfalls durch Nichts unterstützt, man muss vielmehr mit Dirksen [17]) annehmen, dass darunter Vereine von armen Bürgern zu verstehen seien, die unseren heutigen Genossenschaften ähnlich zur Selbsthilfe — im Gegensatz zur Staatshilfe — und zur gegenseitigen Unterstützung sich vereinigten. Bestätigt wird dies auch durch den oben gedachten Brief des Trajan [18]), in welchem er die Amisenischen Armenunterstützungs-Vereine — ad inopiam tenuiorum sustinendam — erlaubt. Auch die von diesen Vereinen berichtete monatliche Beitragspflicht ist keine Eigenthümlichkeit der Beerdigungs-Einigung, sondern vielmehr sacraler Bedeutung, die

15) Cic. p. Murena C. 34, 71. Rein, a. a. O. S. 709. Zumpt, a. a. O. II². 250 f.
16) a. a. O. C. 1. §. XXIV.
17) Abh. S. 22.
18) S. Not. 9.

sich noch bis in die Kaiserzeit erhalten hat[19]). Auch die Benennung der als Sterbecassen-Vereine erwähnten Einigung nach Gottheiten und Heroen deutet den sacralen Ursprung an, und endlich findet sich auch unter den Statuten von Handwerker-Innungen, die unbestritten der besonderen Erlaubniss der Behörden bedurften, die Pflicht, das verstorbene Mitglied von der Innung aus zu beerdigen[20]). Zeigt sich demgemäss, dass die collegia tenuiorum nicht auf Unterstützung bei Beerdigung der Mitglieder zu beschränken sind, so lässt sich bei dem Gesichtspunkt, den die römische Gesetzgebung mit Rücksicht auf das Vereinswesen in der Epoche von Augustus an innehielt, unmöglich annehmen, dass nach dem Verbote des Julischen Gesetzes generell gewisse Vereine gestattet worden sind. Das wäre nichts Anderes gewesen, als das eben erlassene Gesetz aufheben und den Zustand herbeiführen, welchen vor der Augusteischen Maassregel Sueton mit wenigen aber lebhaften Worten als verderblich genug schildert[21]).

Mommsen stützt sich für seine Ansicht auf das in dem Lavinischen Statut erhaltene Capitel eines Senatsbeschlusses, welches er mit L. 1. D. 47, 22. in Verbindung bringt[22]). Die Gründe, dass wir in demselben kein besonderes Privileg für den heilsamen Lavinischen Verein zu ersehen haben, weil dieser wohl nicht unterlassen haben würde, ein solches wörtlich anzuführen, sind billigenswerth und müssen trotz gegnerischer Ansicht[23]) aufrecht erhalten werden. Schon die Wortfassung dieses Capitels und die Aehnlichkeit im Ausdruck mit dem Excerpt von Marcian (L. 1. pr. D. 47, 22.), dem jener Senatsbeschluss bei der Ab-

---

19) Becker-Marquardt, a. a. O. S. 156 ff. Vgl. auch die oben S. 185 Not. 10 erwähnte Stelle aus Philo.

20) Mommsen, p. 95—97.

21) S. 180 Not. 5.

22) Nach eigener Anschauung restituirte Mommsen (Zeitschr. a. a. O. S. 358) das Capitel: „Kaput ex. S. C. p. R. qui(bus coiro co)nvenire collegium q. habere liceat. Qui stipem menstruam conferre volen(t in fune)ra in it collegium coeant neq. sub specie ejus collegi nisi semel in mense c(oeant con)ferendi causa, unde defuncti sepeliantur."

23) Pauly, Realencycl. VI. 1261.

fassung offenbar vorschwebte, deuten auf eine Verordnung von allgemeinerem Charakter. Dass dieses Capitel aber einem Senatusconsult entlehnt sei, welches überhaupt den Sterbecassen ein freies Vereinsrecht gewährt, und dass in gleicher Weise die von Marcian in den Digestentitel aufgenommenen Stellen zu erklären seien — dieser Meinung muss widersprochen werden. Bei dem Ueberrest jenes Senatsschlusses sind offenbar die Anfangsworte von Bedeutung — aber gerade diese fehlen und sind verstümmelt. Nach der Restitution von Henzen und Mommsen, der sich auch Huschke im Ganzen anschliesst, ist denselben ein weiterer Sinn beizulegen[24], es scheint damit ein neuer Abschnitt in der Verordnung begonnen zu haben, worin diejenigen Vereine aufgezählt werden, welche ein für alle Mal ohne specielle Erlaubniss gestattet sein sollten. Dies soll auch Marcian berichten in L. 1. D. 47, 22.:

Marcianus libro III. Institutionum: Mandatis principalibus praecipitur Praesidibus provinciarum, ne patiantur esse collegia sodalitia neve milites collegia in castris habeant; sed permittitur tenuioribus stipem menstruam conferre, dum tantum semel in mense coeant, ne sub praetextu huius modi illicitum collegium coeant, quod non tantum in urbe sed et in Italia et in provinciis locum habere divus quoque Severus rescripsit §. 1.: Sed religionis causa coire non prohibentur, dum tamen per hoc non fiat contra Senatusconsultum, quo illicita collegia arcentur.

Der von Mommsen gewollte Sinn ist diesem Fragment nicht nothwendiger Weise unterzulegen; Ersterer giebt selbst zu, dass Marcian, da er die Sterbecassen im Sinne gehabt, sich deutlicher hätte ausdrücken können[25]. Aber gerade, dass er dies nicht gethan, dass er im Allgemeinen von tenuiores spricht, die nicht bloss Mitglieder von Beerdigungs-Vereinen waren, beweist, dass das gedachte Senatusconsult nicht gewisse Vereine für frei erklärt haben kann, wenn es nicht, wie bereits hervorgehoben,

[24]) Henzen hat schon vor Mommsen die nachher von diesem gebilligte Ergänzung jener Worte vorgenommen, denkt aber trotzdem an ein besonderes Privileg.

[25]) De coll. p. 88.

das Julische Gesetz illusorisch machen wollte. Wer bürgt dafür, dass nicht noch am Anfange des Lavinischen Capitels eine Bemerkung stand, welche auf Bestätigung durch den Senat hinwies? Vielleicht war das „quibus coire liceat" noch abhängig gemacht von der auctoritas Senatus et Caesaris. Man muss sich überhaupt fragen, wozu nach dem Julischen Gesetz der Umweg durch den Senat nöthig war, wenn die Genehmigung des Vereins doch immer nur durch kaiserliche Bewilligung und Gnade erfolgen konnte. Wollte der Kaiser bei einer Nichtbestätigung die Gehässigkeit von sich auf den Senat wälzen, so täuschte er sich, da Jedermann wusste, dass er die Instanz war. Ebenso wenig denkbar ist es, dass der Senat bloss mit einem Schein von Macht auch in dieser Hinsicht bekleidet werden sollte, da er deren in Wirklichkeit noch genug in anderen Angelegenheiten hatte. Die Absicht des kaiserlichen Gesetzgebers war vielmehr die, dass der Senat selbstständig und ohne weiteren Bericht an den Regenten Gesuche um Gestattung von Vereinen sofort abweisen konnte und nur dann an das Cabinet berichten sollte, wenn er ein Gesuch befürwortete. Dadurch war eine grosse Arbeitslast, die unerquicklich und unangenehm war, dem Kaiser abgenommen. Aber auch der Senat musste sich hüten und Vorsichtsmassregeln treffen, um nicht von Gesuchen bestürmt zu werden, deren abschlägliche Bescheidung offenbar war. Es war daher sehr natürlich, dass der Senat einen Beschluss fasste, worin er diejenigen Vereine aufzählte, deren Bildung er gestatten, und diejenigen, welche er als unerlaubt ansehen und sofort abweisen würde. Wenn es also in der citirten L. 1. pr. D. 47, 22. heisst, dass es den geringeren Leuten, unter gewissen Bedingungen zu einem Vereine zusammenzutreten erlaubt werde, so soll damit nur gesagt werden, dass der Senat derartigen Gesuchen nach seinem Beschluss willfährig zu sein pflege[26]). Wenn ferner im §. 1. desselben Fragments auf das Senatusconsult verwiesen wird, „quo illicita col-

[26]) Mommsen, p. 88 Not. 4, weist eine solche Interpretation im Hinblick auf die Lavinische Tafel zurück. Es ist aber zu bedenken, dass die Ergänzung desselben ein weniger starkes Argument ist, als die Rücksicht auf die lex Julia.

legia arcentur", so kann der Sinn der Worte nicht der sein, dass der Senat Verbindungen verboten habe, denn es war überhaupt keine ohne einen obrigkeitlichen Freibrief gestattet, sondern nur, dass jene Verordnung gewisse Vereine als unerlaubte von der Einbringung von Gesuchen zurückhalte; das nur kann die Bedeutung des Wortes „arcere" sein; dergleichen Vereine werden sofort zurückgewiesen.

Das von Marcian erwähnte Senatusconsult war also kein neues Vereinsgesetz — ein solches würde sicherlich nicht mit Stillschweigen von den Juristen übergangen sein, welche, wie Gaius und Marcian, sich vorzugweise mit diesem Gegenstande beschäftigten. Es war vielmehr nur eine Ausführungsverordnung zur lex Julia de collegiis, worin der Senat die Principien aufstellte, nach denen er Behufs Abweisung oder Befürwortung verfahren wollte. Die Abweisung war hierbei die Hauptsache[27]); dann mochte aber auch, da die Prüfung des Zweckes besonders dem Senat oblag, ein Capitel allein den Unterstützungs-Gesellschaften gewidmet und ihnen die Organisation, die auf Bestätigung rechnen könnte, vorgezeichnet sein. Weil sich an diesen Senatsschluss das Lavinische collegium salutare cultorum Dianae et Antinoi eng anschloss, wird es in der Stiftungsurkunde angeführt, vielleicht auch, um durch das Hervorheben der Gesetzmässigkeit dem Verein einen grossen Zuspruch zu verschaffen.

Aehnlich verhält es sich mit §. 1. der citirten L. 1. D. 47, 22.: Religiöse Zusammenkünfte sollen nicht behindert werden, wenn sie nur nicht zu denjenigen gehörten, die der Abweisung von dem Senat gewärtig sein müssten und also unerlaubt wären. Mit Unrecht ist hieraus geschlossen worden, dass Verbindungen zu religiösen Zwecken in der Zeit des Marcian vollkommen zulässig gewesen seien[28]). Weniger die Bestimmung in L. 2. D. 47, 11., worin den Veteranen untersagt wird, unter dem Vorwand der Religion oder der Erfüllung eines Gelübdes Vereine, da sie uner-

---

27) Vgl. L. 3. §. 1. D. 47, 22.

28) Dirksen, Abh. S. 24. Rudorf, in der Zeitschr. für gesch. R. W. Bd. XV. 213 f.

laubt seien, einzugehen, zeigt das Unrichtige dieser Ansicht, denn Veteranen standen, wie Soldaten, immer noch unter einer strengeren Disciplin, als wiederum der Hinblick auf das Julische Gesetz und die Vorgänge in der Republik, die bei den Bezirksvereinen gezeigt hatten, wie leicht religiöse Vereine zu politischen Zwecken gemissbraucht werden konnten. Aus ganz demselben Grunde ist die zweite Meinung zurückzuweisen, wonach dieser Paragraph mit dem Principium verbunden werden und es also wiederum den tenuiores gestattet sein soll, so oft sie wollten zu Schmausereien und religiösen Festen Zusammenkunft zu halten [29]). Selbst in dem Lavinischen Verein war eine bestimmte Festordnung statutarisch festgesetzt; es fanden im Ganzen sechs Mal des Jahres Schmausereien Statt, wobei zufällig zwei in einen Monat fielen [30]), es war eben nur untersagt, mehr als einmal im Monat in wirklichen Vereinsangelegenheiten zusammen zu kommen.

Es gab in Rom nicht nur eine Menge national-religiöser Brüderschaften von Alters her, sondern auch die Anhänger fremder vom Staat nicht anerkannter Culte vereinigten sich zu Gemeinden, weil sie selbstständig für die Erhaltung ihres Gottesdienstes und dessen Diener sorgen mussten [31]). In beiderlei Genossenschaften war vermöge des geselligen Lebens innerhalb derselben stets so viel Zündstoff vorhanden, um die Ruhe und Sicherheit der Weltstadt und -kreises (urbis et orbis) zu gefährden. Namentlich wegen der in Folge der Eroberungen in die Hauptstadt strömenden fremden Culte hatte der Staat schon während der Republik einschreiten müssen [32]). Auch die junge Monarchie fand Vorsicht in diesem Punkte geboten; sie hatte besonders die Doppelaufgabe zu lösen, die fremden Religionen möglichst zu beschränken und die nationale, dem Untergange halb verfallene, zu stützen und neu zu beleben [33]).

---

20) Mommsen, p. 88.

30) Mommsen, p. 112.

31) Becker-Marquardt, IV. 157.

32) Liv. IV. 30. XXVI. 1. XXXIX. 8—20. August. civ. dei XVIII. 5. Vgl. Rein, a. a. O. S. 887 ff. Becker-Marquardt, IV. 86., bes. Not. 516. S. 50 Not. 301. S. 158.

33) Vgl. Schmidt, S. 156—195 a. a. O.

Von welcher Anschauung darüber die Staatsmänner damaliger Zeit ausgingen und wie der Gedanke einer möglichen Ausartung religiöser Vereine in politische vorherrschte, zeigt uns die Rede des Mäcenas an Augustus, in der wir die philosophische Betrachtung und die Zusammenfassung der kaiserlichen Politik durch den Historiker zu sehen haben. „Die neue Religionen einführen, sagt Mäcenas zu seinem hohen Freund, strafe nicht bloss der Götter wegen, sondern weil mit den neuen Religionen auch neue Sitten, Gesetze, und aus alle dem Verschwörungen, Aufstände und Clubbs entstehen [34].“ Es lässt sich also keineswegs annehmen, dass nach dem Julischen Vereinsgesetz religiöse Einigungen, sei es ausländischer Culte, sei es der staatlich anerkannten Kirche, unbeschränkt gestattet waren. Andererseits galt es aber auch, die Staatsreligion zu fördern, nicht alle religiösen Verbindungen durften verboten werden. Demgemäss setzte der Senat auch deswegen, wie aus dem §. 1. des erwähnten Fragments hervorgeht, in seinem Ausführungserlass die Grundsätze auseinander, nach welchen er religiöse Vereine und fromme Brüderschaften abweisen oder der kaiserlichen Bestätigung unterbreiten würde. Dieser Senatusconsult enthielt vielleicht auch den Grundsatz, den uns Paulus [35]) berichtet, ohne dass wir seine Quelle kennen.

Die L. 1. §. 1. D. cit. so aufzufassen, als ob dadurch der gemeinschaftliche Tempelbesuch und Gottesdienst als frei gestattet bezeichnet werden sollte, hindert das Wort „coire“, welches nicht nur sonst — in den Inschriften — sondern in der ganzen Stelle im technischen Sinn „zu einem Verein zusammentreten“ gebraucht wird [36]).

Es ist noch eine Verordnung von Marc Aurel und Varus hervorzuheben, wonach Niemand in mehr als Einem erlaubten

---

34) Dio Cass. LII. 36. Dieselbe Auffassung liegt auch den Verfolgungen der Christen zu Grunde. Plin., Ep. X. 96. Rein, S. 890.

35) V. 21. 2.

36) Mommsen, De coll. p. 88, stellt auch dies, gestützt auf die Basiliken, als möglich hin. Die Wendung derselben: *καὶ χάριν εὐχῆς θεμιτῶς ἔξεστι συνιέναι* lässt sich für beide Ansichten deuten. Uebrigens kann auch die griechische Uebersetzung, welche die Auffassnng ihrer Zeit wiedergiebt, nicht von allzugrossem Gewicht sein.

Verein Mitglied sein durfte, vielmehr, wenn dies geschehen, er sich für den einen oder andern entscheiden müsse. Bei dem Austritt erhielt der Scheidende seine Competenzen [37]).

Mommsen, daran festhaltend, dass Marcian in der erwähnten Stelle von den Sterbecassengesellschaften handle, bezieht auf dieselben auch jenes Verbot, welches bezweckt hätte, dass Niemand aus solchem Unterstützungsverein ein Geschäft machen und nicht bei seinem Tode den Erben von jeder Genossenschaft das Begräbnissgeld gezahlt werden sollte [38]). Es ist aber gezeigt, dass die von ihm behauptete einseitige Deutung der collegia tenuiorum nicht aufrecht erhalten werden kann. Auch der von Mommsen widerlegten Meinung von Dirksen [39]), welcher das Verbot damit zu rechtfertigen sucht, dass die Collision vermieden werden sollte, welche dadurch entstanden wäre, dass das Vermögen eines jeden zünftigen Mitgliedes seiner Commune verhaftet gewesen sei, liegt auch nur eine privatrechtliche Anschauungsweise zu Grunde. Auch nicht um die Ausschweifungen der Mitglieder, die an den Festlichkeiten jedes Vereins Theil nehmen konnten, zu hindern — wie Heineccius [40]) will — erliessen die Kaiser das Rescript; dasselbe hat vielmehr einen strafrechtlichen Charakter. Dadurch, dass Jemand Mitglied mehrerer Vereine war, entstand zwischen diesen selbst eine Gemeinschaft und Verbindung, die gefährlich werden konnte. Auch die Stellung in unserem Titel — es lag sonst für die Compilatoren gar kein Grund vor, diese Schlussworte aufzunehmen — deutet auf das criminalistische Element. Wenn daneben noch der Vermögensauseinandersetzung Erwähnung geschieht, so liegt der Grund darin, dass die Verhältnisse der Mitglieder zur Zeit der Verordnung geregelt werden mussten. Denselben gesetzgeberischen Gedanken begegnen wir auch in den erschwerenden Bedingungen, unter welchen die Heirathen weiblicher Mitglieder mit Genossen anderer Vereine nur gestattet

---

37) L. 1. §. 1. in F. D. 47, 22.
38) De coll. p. 89.
39) Abh. a. a. O. S. 85.
40) a. a. O. C. 1. §. XXV.

waren [41]); jeder Verein sollte auf sich und seine Thätigkeit allein beschränkt bleiben — der Verbindung mit anderen wird vorgebeugt. Endlich war jenen collegia tenuiorum die Aufnahme von Sklaven zwar gestattet, aber doch nur mit Bewilligung der Herren [42]). In allen diesen Sanctionen haben wir die von jenem Senatusconsult aufgestellten Verwaltungsgrundsätze zu erkennen.

§. 11.

Die Strafe [1]).

Die bisherige Entwicklung ergiebt als ausnahmslosen Grundsatz des Römischen Kaiserrechts, wie es noch unter Justinian galt, über das Vereinigungswesen, dass keine Verbindung irgend welcher Art ohne obrigkeitliche besondere Genehmigung zusammentreten durfte. Ein Verein, welcher von der Obrigkeit keinen Freibrief hatte, war ein unerlaubter, welcher nicht nur aufgelöst wurde, sondern dessen Theilnehmer auch noch einer Strafe verfielen. Nach der Feindseligkeit, welche die Römische Gesetzgebung schon während der Republik gegen die Vereine offenbarte, ist anzunehmen, dass die Strafe, wie sie zum ersten Male von dem Julischen Gesetz fixirt wurde und noch jetzt in den Justinianeischen Pandecten enthalten ist, nicht gerade mild war. Die Vereine waren in den letzten Menschenaltern des Freistaats ausgeartet, Gewaltthätigkeit und Aufruhr fanden in ihnen ihren Herd. Namentlich die Verübung von Gewalt war es, die, z. B. in der Clodischen Zeit, offen zu Tage trat.

Nach diesen Erfahrungen konnte der Senat keinen anderen Gesichtspunkt einnehmen, als den, die Vereine mit der Strafe des Verbrechens wegen Gewaltthat zu bedrohen [2]). Mit denselben

[41]) Dirksen, S. 84, bes. Not. 267.

[42]) L. 3. §. 2. D. 47, 22.

[1]) Zirkler, Das Associationsrecht der Staatsbürger, S. 80—87. Heineccius, a. a. O. C. 1. §. XXII. Brissonius, a. a. O. p. 35. Rein, a. a. O. S. 826. Savigny, System II. 257. Platner, Quaest. p. 301. Zumpt, II². 391. Mommsen, De coll. p. 126, 127. Dirksen, a. a. O. S. 72. Auch Matthaeus, De crim. p. 245. Wassenaer, in Fellenbergs Jurispr. p. 444.

[2]) Ob. §. 7. Not. 15.

Tendenzen fand auch noch Augustus die Vereine vor[3]), es war daher für ihn kein Grund, eine andere Strafe, als die frühere vom Senat beliebte in sein Gesetz aufzunehmen. Dazu trat noch eine andere Erwägung; es lag auch in den Verbindungen eine Gefahr für die Sicherheit der Fürsten oder, nach dem damaligen Sprachgebrauch, der Keim zum Majestätsverbrechen. In jedem unerlaubten Verein liegt eine Auflehnung gegen die Staatsgewalt[4]), er musste zu Gewaltthätigkeiten führen, entweder ohne die Existenz des Staates zu berühren oder indem er sich gegen diesen selbst richtete. Dieser doppelte Gesichtspunkt liegt auch der Strafe zu Grunde. Der unerlaubte Verein wird an und für sich weder unter das crimen vis, noch unter das crimen majestatis gestellt, aber er wird mit einer Strafe bedroht, welche diejenigen erleiden, die mit bewaffneten Menschen öffentliche Plätze und Tempel besetzt zu haben überführt sind[5]). Die bisherigen Schriftsteller haben in dieser Bestimmung, gestützt auf L. 1. §. 1. D. 48, 4., die Strafandrohung des Majestätsverbrechens sehen wollen, und in der That fallen unter dieses auch die in L. 2. D. 47, 22. verpönten Handlungen[6]). Doch bereitete ihnen die Härte der Strafe und dass man ohne Unterschied jeden unerlaubten Verein als gegen die majestas gerichtet ansehen sollte, einige Verlegenheit[7]).

Einfacher — wenn die bisherige Ansicht richtig wäre — hätte Ulpian die Strafe des Majestätsverbrechens ausdrücklich erwähnen können; dass er dies nicht that, sondern sich einer weitschweifigen Umschreibung bediente, muss einen Grund haben. Dieser ist auch in der That vorhanden. Das Besetzen nämlich von öffentlichen Plätzen und Tempeln mit Bewaffneten ist nicht eine dem Majestätsverbrechen eigenthümliche Handlung, sie kann

---

3) §. 10. Not. 5.

4) Vgl. Zirkler, a. a. O. S. 80.

5) L. 2. D. 47, 22.: „Ulpianus libr. VI. de officio Proconsulis: Quisquis illicitum collegium usurpaverit, ea poena tenetur, qua tenentur, qui hominibus armatis loca publica vel templa occupasse judicati sunt."

6) L. 1. § 1. D. 48, 4. — „locave occupentur vel templa, quove coetus conventus fiat, homines ad seditionem convocentur." —

7) Z. B. Zirkler, a. a. O. S. 80.

auch den Thatbestand zum Verbrechen der Gewaltthat ausmachen:

Paul. V. 26, 3.: — „quiue cum telo in publico fuerit, templa portas aliud ue quid publicum armatis obsederit, cinxerit, clauserit, occupaverit“[8]).

Eine gleiche Handlung kann also den objectiven Thatbestand zweier verschiedener Verbrechen — der Gewaltthat und der verletzten Majestät — bilden; ob aber das eine oder das andere vorliegt, wird von der Thäterschaft, dem sog. subjectiven Thatbestand — abhängen. Diese Möglichkeit lässt Ulpian in L. 2. D. 47, 22. offen; bei dem jedesmaligen Fall wird es zu prüfen sein, ob nach der Tendenz des Vereines die gewaltthätige oder politische Seite überwiegt, und danach die Strafe bemessen werden. Wenn in L. 1. §. 1. D. 48, 4. noch ausdrücklich das Bilden von coetus conventusve zu dem Majestätsverbrechen gerechnet werden, so darf man an die Anfangsworte der Stelle nicht vergessen: „Majestatis autem crimen illud est, quod adversus populum Romanum vel adversus securitatem ejus committitur.“ Erst wenn dies der Zweck der Verbindung war, machten sich die Mitglieder des Majestätsverbrechens schuldig. Die L. 2. D. h. t. zeigt aber auch, dass man die Uebertretung des Vereinsgesetzes als eine für sich bestehende strafbare Handlung (delictum sui generis) auffasste, es wird nicht als crimen majestatis oder vis bezeichnet, sondern nur mit der für diese Verbrechen aufgestellten Strafe bedroht. Es ist ferner behauptet, dass die Verletzung des Vereinsrechts zu den ausserordentlichen Verbrechen gehört habe, indem man sich auf die bereits erwähnte singuläre Vorschrift stützte — ein Titel der Pandecten, welcher von den ausserordentlichen Verbrechen handelt — wonach den Veteranen bei Vereinen sich zu betheiligen verboten wird[9]). Diese Ausnahme ist bereits erklärt worden; sie charakterisirt sich mit Rücksicht auf den besonderen Titel de coll. et corp. um so mehr als solche. Schon die Theilnahme des Senats bei Abweisung und Bestätigung

---

[8]) Vgl. L. 3. §. 6. L. 4, 5. pr. D. 48, 6.
[9]) L. 2. D. 47, 11. S. ob. §. 10.

widerlegt diese Meinung. Das Verbrechen war durch ein besonderes Gesetz bedroht, welches nach der Gewohnheit jener Zeit stets auch einen besonderen ordentlichen Gerichtshof für die Aburtheilung einzuführen pflegte. Erst unter Severus, der hierfür in Rom den Stadtpräfecten für competent erklärte[10]) — in den Provinzen war es der Präsident[11]) — wurde es in der allmälig zur Regel werdenden ausserordentlichen Weise behandelt.

Die Strafe für die Uebertretung des Vereinsgesetzes war also verschieden — in den schwereren Fällen Verbannung[12]), in den leichteren Confiscation des dritten Theiles vom Vermögen und Amtsunfähigkeit[13]). Mit ihr sollen nur die Stifter der Vereine belegt, die übrigen Mitglieder im ausserordentlichen Verfahren mit arbiträrer Busse bestraft worden sein. Es muss zunächst wiederholt werden, dass ein ausserordentliches Verfahren gar nicht Statt fand, auch ist von einer solchen Trennung nirgends die Rede; die Gefährlichkeit des Unternehmens machte alle Theilnehmer gleich schuldig.

Es ist daher nicht zuzustimmen, wenn Mommsen in L. 2. D. 47, 22. die Worte: si quis usurpaverit nur von dem Stifter des Vereins verstehen will und deshalb in L. 1. §. 14. D. 1, 12. in dem Satze: eos qui illicitum collegium coisse dicuntur das Wort „coisse“ in coegisse mit der gewöhnlichen Lesart umwandelt[14]); schon der Gebrauch der Mehrzahl verdächtigt die lectio vulgata. Wie beim Verbrechen der verletzten Majestät und Gewaltthat die Theilnehmer gleich den Urhebern bestraft wurden, so muss dies auch bei dem analog gebildeten Vereinsverbrechen angenommen werden.

---

10) L. 1. §. 14. D. 1, 12. Vgl. ob. §. 10. Not. 12.

11) L. 1. D. 47, 22. L. 11. D. 1, 18.

12) L. 10. §. 2. D. 48, 6. Paul. V. 29, 1.

13) L. 1. pr. D. 48, 7. Die spätere schärfere Strafe bei Paul. V. 26, 1. ist nur für ganz besonders ausgezeichnete Fälle gegeben.

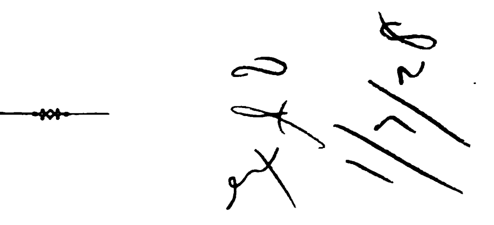
14) De coll. p. 127. Auch die Uebersetzung der Basiliken ist zur Unterstützung seiner Ansicht ungenügend.

Nur eine polizeiliche Bestimmung war es, wenn die Vorsteher, welche Sklaven ohne Wissen oder wider den Willen ihrer Herren als Mitglieder aufnahmen, mit einer hohen Geldbusse belegt wurden [15]).

Schwierigkeit verursachte endlich L. 3. pr. D. 47, 22. Marcianus libr. II. Judiciorum publicorum: Collegia si qua fuerint illicita mandatis et constitutionibus et senatus consultis dissolvuntur; sed permittitur eis, quum dissolvuntur, pecunias communes, si quas habent, dividere, pecuniamque inter se parteri.

Zu allen den verschiedenen Unterscheidungen, die hierbei zwischen den Vereinen gemacht werden sollten [16]) giebt das Gesetz keine Veranlassung. Wollte sich ein Verein bilden, so waren Vorbesprechungen unter den Stiftern, Vorbereitungen mancherlei Art nöthig und dabei auch — wenn man unter Anderm an die Uebermittelungsspesen u. s. w. denkt — Kosten verbunden. Es wurden also schon vor der staatlichen Bestätigung Beiträge von denen, die ihre Theilnahme zusagten, erhoben. — Wurde nun dem beabsichtigten Verein die Genehmigung versagt, so war es natürlich, dass das gesammelte Geld wieder zurückgegeben, d. h. unter die Mitglieder vertheilt wurde.

15) L. 3. §. 2. D. 47, 22.
16) Platner, p. 302.



Druck von Kerskes & Hohmann, Berlin, Zimmerstrasse 94.

Ueberreicht vom Verfasser.

Abhandlungen

aus dem

Process und Strafrecht.

Eine Habilitationsschrift

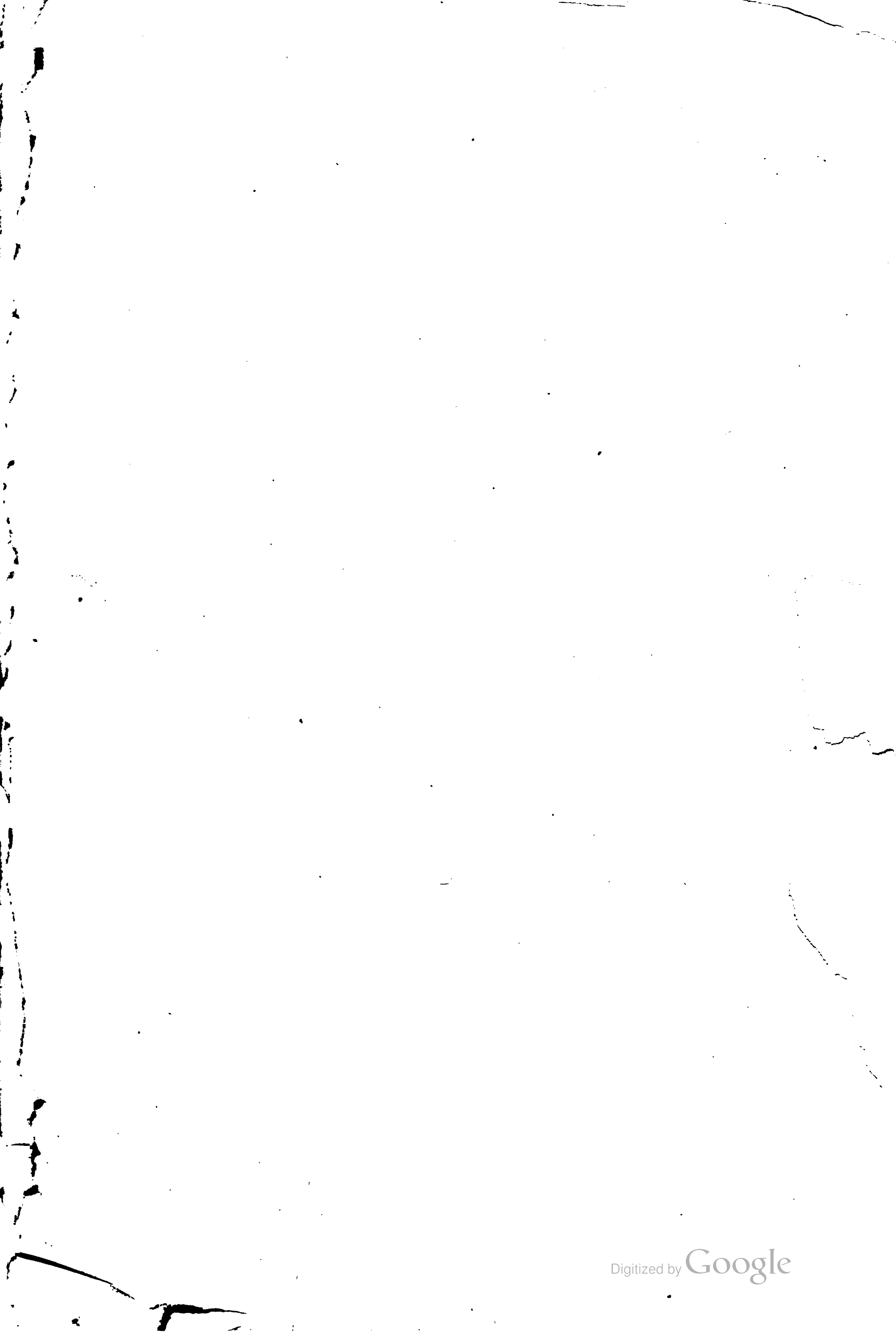
von

Dr. jur. Paul Kayser,
Gerichts-Assessor, z. Z. bei der Staatsanwaltschaft des Königlichen Stadtgerichts
zu Königsberg i. Pr.

I. Abhandlung. Die Gemeinschaft der Rechtsmittel nach gemeinem deutschen und altpreussischen Process.

II. Abhandlung. Die Strafgesetzgebung der Römer gegen Vereine und Versammlungen.

Berlin.
Verlag von Leonhard Simion.
1873.



Druck von Korskes & Hohmann, Berlin, Zimmerstr. 94.

